أصول القانون الإدارى

نظرية العمل الإدارى

تنفيذ القوانين الضبط الإدارى المرافق العامة

الأعمال المادية القرارات الإدارية العقود الإدارية

دكتور

سامى جمال الدين

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

١٩٩٣



أصول القانون الإدارى

نظرية العمل الإدارى

تنفيذ القوانين   الضبط الادارى   المرافق العامة

الأعمال المادية   القرارات الإدارية   العقود الإدارية

دكتور

سامى جمال الدين

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

١٩٩٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ ءَامَنَّا بِاللَّهِ وَبِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُم بِمُؤْمِنِينَ ﴿٨﴾ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ ﴿٩﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

« سورة البقرة - آية ٨ و ٩ »

نظرية العمل الإداري

L'ACTION DE L'ADMINISTRATION

مقدمة عامـــة :

من المسلم به أن الهدف الرئيسى من انشاء الدولة هو تحويـــــل المجتمع من حالة الفوضى الى حالة النظام ، أى من مجتمع فوضوى الـــــى مجتمع منظم يضمن فيه كل انسان من أفراد المجتمع أن يستمتع بكامل حريتـه دون أن يتعرض لاعتداءات الآخرين ، فى اطار من المساواة والعدالة بين أفراد هذا المجتمع ٠

ووسيلة تنظيم المجتمع هى القانون ، اذ لا يقوم نظام بدون قانـون ، وحيث لا يكون نظام يضل الناس السبيل فلا يعرفون ما ينبغى فعله ومايتعين تجنبه ، فالعلاقات المنظمة ضرورة أولية من ضرورات الحياة الاجتماعية ٠ وعليه فان المجتمع المنظم يحتاج الى سلطة تسن القوانين التى يبغيها المجتمـــع "الوظيفة التشريعية" ، والى قوة تملك تنفيذ هذه القوانين " الوظيفـــة ا 'رية" ، وثالثة تفصل فى المنازعات الناجمة عن تطبيق القانون وحـــل ، زعات وفقا له" الوظيفة القضائية" ٠ ومن هنا ظهرت السلطات العامـــة التى تتولى هذه الوظائف ، حيث قامت السلطات التشريعية والتنفيذيـــة والقضائية كحد أدنى فى كل دولة حديثة ٠

وتتولى السلطة التنفيذية مهمة القيام بالوظيفة الادارية ، ولذلك يطلق عليها أحيانا السلطة الادارية كما تسمى أيضا الادارة ، وهى فى سبيل تحقيــق وظيفتها تقوم بالعديد من الأعمال التى يمكن اطلاق اصطلاح" الأعمال الادارية" عليها ، تمييزا لها عن أعمال السلطات العامة الأخرى الصادرة استنادا الـــى وظائفها القانونية الأخرى ، والتى تختلف عن الوظيفة التنفيذية أو بالأخـــرى الادارية ٠

غير أن هذا الأمر ليس بتلك البساطة التى يبدو عليها ، اذ أن تحديد الوظائف التى يناط بالدولة القيام بها يختلف بحسب وجهة النظر التى يتعيـــن من خلالها تحديد هذه الوظائف ، علاوة على أختلافها باختلاف الزمان والمكان

بحسب درجة ومدى التقدم العلمى وما يولده من احتياجات جديدة للمجتمع.

فقد يتم تحديد وظائف الدولة على أساس موضوعى فتنقسم الى وظائف سياسية واجتماعية واقتصادية أو الى وظائف عسكرية وأخرى مدنية، وقد يتم التقسيم بحسب أهمية هذه الوظائف الى وظائف أصلية أو أساسية يتعين على الدولة أن تتولاها بنفسها كحد أدنى، وأخرى ثانوية أو فرعية يجوز للدولة أن تتخلى عنها للأفراد مباشرة ، وذلك بحسب ما يعتنقه المجتمع من أفكار ومذاهب فلسفية، فردية أو اجتماعية أو اشتراكية .

وقد يتم أخيرا – وهو ما يعنينا فى هذه الدراسة – تقسيم وظائف الدولة على أساس قانونى، وذلك بالنظر الى الوسائل القانونية التى يمكن للدولة من خلالها تحقيق كافة الأهداف والمقاصد المبتغاة من قيامها ، وهو ما يؤدى الى تقسيم هذه الوظائف الى التشريع والتنفيذ والقضاء.

وعندما تتولى السلطة التأسيسية فى أية دولة من الدول الحديثة انشاء وتأسيس نظام الحكم فيها ، فانها تقوم أولا بتحديد وظائف الدولة القانونية والسياسية التى يتعين أن تكفلها سلطات عامة فى الدولة، ثم تبحث بعد ذلك أمر توزيع هذه الوظائف على تلك السلطات المتعددة ؛ وذلك تأسيسا على أحد المبادىء الرئيسية التى تقوم عليها نظم الحكم فى الدول القانونية، ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات. (١)

ومقتضى هذا المبدأ أن السلطة لا تتركز فى يد واحدة، وانما توزع على هيئات متعددة، ذلك أنه اذا مارست السلطة جهة واحدة، كنا أمام ما يعرف بنظام تركيز السلطة أو اندماجها ، أما اذا وزعت السلطة على هيئات

---

(١) مع ملاحظة ما قد تحتجزه السلطة التأسيسية من أمور ترى أن تختص بها وحدها ، دون غيرها من السلطات التى تقوم بتأسيسها فى الدولة.

متعددة ، كنا أمام ما يعرف بنظام توزيع السلطة أو تعددها .

ويتجه الفكر السياسى والدستورى الحديث الى نبذ أسلوب تركيـــز السلطة باعتبار أن هذا التركيز هو المسئول عن الاستبداد والعسف بحقـــوق الافراد وحرياتهم، اذ من المسلم أن السلطة تجنح الى أن تكون مطلقة، فـاذا كانت السلطة مفسدة ، فان السلطة المطلقة هى مفسدة مطلقة، ومن ثم تتحـول من سلطة تحكم، الى تسلط يتحكم ، وبالتالى لا سبيل الى منع الاستبـداد وصيانة حقوق الافراد الا بتوزيع السلطة بين هيئات متعددة يتحقق فيمـــا بينها التعادل والتوازن والانضباط، مما يتعين معه تنظيم العلاقة بين هـــذه الهيئات بحيث تستطيع كل هيئة منها أن تلزم غيرها حدودها ، وتحـــول دون اساءة استعمال سلطتها ، بل وتقاومها عند اللزوم بوسائل سلمية دستوريـــة، محافظة على الحقوق والحريات العامة ضد الفساد والطغيان ، وذلك فى اطـــار فكرة أن السلطة تحد السلطة أو توقفها، مما يوءدى الى اجبار كل منها علـــى التصرف وفقا لاحكام القانون فقط .

وقد ثار الخلاف حول المدلول الحقيقى لمبدأ الفصل بين السلطات، وهل هو فصل بين وظائف الدولة أم فصل بين هيئاتها ومؤسساتها التـــى تتولى ممارسة السلطة ؟

ووفقا للمفهوم الأول يتم توزيع الوظائف القانونية للدولة على سلطـات أو هيئات متعددة، تستقل كل منها بوظيفتها عن الأخرى ، وعليه تتولـــى الوظيفة التشريعية سلطة تشريعية ، وتتولى الوظيفة التنفيذية سلطة تنفيذيـة، كما تتولى الوظيفة القضائية سلطة قضائية، وتوءدى كل من هذه السلطـــات وظيفتها على نحو من الاستقلال عن الأخرى، قد يصل الى حد الاستقـــلال التام عضويا ووظيفيا ، وبذلك تتوفر الحماية الحقيقية لحريات المواطنيـــن ، لأن المشرع وهو لا يمارس وظيفة التنفيذ ، لا يستطيع أن يصدر القوانين فـــى

ضوء الحالات الفردية التى تحكمها ، كما لا تستطيع السلطة التنفيذية وهى لا تمارس وظيفة التشريع، تعديل القوانين بما يتلاءم مع المصالح الخاصة التى تنطبق عليها هذه القوانين .

غير أنه وفقا للمفهوم الآخر لمبدأ الفصل بين السلطات، فليس من المحتم أن تستقل كل هيئة عن الأخرى تمام الاستقلال ، وخاصة من الناحية الموضوعية أو الوظيفية ، بحيث تختص كل منها باحدى وظائف الدولة دون ان يكون للسلطات الأخرى الحق فى التدخل فى أعمالها أو الرقابة عليها ، اذ يعد هذا المفهوم تحريفا خطيرا للهدف الحقيقى من مبدأ فصل السلطات، فالمقصود بهذا المبدأ هو عدم تركيز وظائف الدولة وتجميعها فى يد هيئة واحدة ، توزيعهاعلى هيئات متعددة بحيث لا يمنع هذا التوزيع والفصل من تعاون ورقابة كل هيئة مع الأخرى ، مع ضمان عدم تدخل أو اعتداء أى منها على اختصاصات الأخرى .

والواقع أن المفهوم الأول لمبدأ الفصل بين السلطات بأنه توزيع لوظائف الدولة على هيئات متخصصة (٢) ، ومن ثم تعدد الهيئات العامة بقدر تعدد وظائف الدولة ، هو مفهوم يقوم على المنطق المجرد المبالغ فيه ،اذ ينتهى هذا المفهوم الى استقلال هذه الهيئات استقلالا كليا ، عضويا وموضوعيا ، وتحقق نوع من العزلة بينها ، مما يؤدى الى تعطيل وعرقلة أعمالها ، علاوة على احتمال اساءة استعمال السلطة والاستبداد تجاه الأفراد على وجه الخصوص وهو أمر يتناقض بحدة مع ما ابتغاه الفكر السياسى والدستورى من وراء هذا المبدأ .

---

(١) يؤيد جانب من الفقه تولى كل سلطة من السلطات الثلاثة احدى الوظائف القانونية للدولة دون غيرها ، على أساس قاعدة التخصص باعتبارها احدى نتائج المدنية الحديثة ــ راجع الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: مبادىء الأنظمة السياسية ــ ١٩٨٤ ــ ص ٨٥و ص ٢١٦ ومابعدها .

ولذلك لا يعتمد المشرع الدستورى في معظم الدول الحديثة قاعدة التخصص الوظيفى بشكل مطلق ، فهو وان كان يأخذ فى الأصل بتخصص الهيئة التشريعية فى وظيفة التشريع، وتخصص الهيئة التنفيذية فى وظيفة التنفيذ ، الا أنه يعترف فى ذات الوقت لكل من الهيئتين التشريعية والتنفيذية بسلطة ممارسة بعض مظاهر الوظيفة التى تتخصص فيها الهيئة الأخرى ، حيث لا يتطلب الأمر بصدد نظام الحكم مثل هذا التخصص المطلق ، الذى قد يكون صالحا في مجالات أخرى مثل الادارة الفنية والمسائل العلمية .

وعلاوة على ما تقدم يذهب الفقه الدستورى الحديث، الى أنه ليس من الضرورى تحديد العلاقات بين الهيئات العامة على أساس أنها جميعا هيئات متساوية ومستقلة بعضها عن البعض ، اذ لابد فى نظام الدولة موحدة السيادة وموحدة النظام القانونى من أن ترتبط الهيئات العامة الحاكمة فيما بينها ـ مهما كان مدى استقلالها العضوى ـ بنوع من التدرج الهرمي يسمح لواحدة منها بالهيمنة على أعمال غيرها ، حتى يمكن أن تتحقق وحدة النظام القانونى في الدولة . (٣)

وعلى ذلك فانه اذا كان مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات المساواة التامة بينها ، والاستقلال العضوى لكل منها بحيث لايمكن لسلطة أن تتغلب عضويا على سلطة أخرى ، الا أن الأمر يختلف من الناحية الوظيفية أو الموضوعية حيث من المسلم به مثلا أن وظيفة تنفيذ القوانين تخضع لوظيفة التشريع ، ومن ثم يخضع العمل الادارى للقيود والضوابط التى

---

(٣) راجع الدكتور طعيمة الجرف : نظرية الدولة ـ ١٩٧٨ـ ص٥٨٨ ومابعدها .

M.DUVERGER, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 1956, P.132.

يقررها له العمل التشريعى. (٤)

والخلاصة أنه ترتب على تقسيم الوظائف القانونية للدولة الى وظائف التشريع والتنفيذ والقضاء ، تقسيم للسلطات العامة فيها الى سلطات تشريعية وتنفيذية وقضائية، وبالتالى تقسيم الأعمال الصادرة عنها الى العمل التشريعى والعمل الادارى والعمل القضائى، الا أن ذلك لاينفى أن التداخل فى الاختصاصات بين السلطات العامة فى الدولة، بات أمرا شائعا فى الدول المعاصرة، بحيث غدا من المستحيل العثور على نظام يأخذ بالفصل المطلق عضويا وموضوعيا للسلطات العامة فيه (٥) ، وقد ترتب على ذلك تزايد صعوبات الاتفاق على المعيار اللازم لتحديد الطبيعة القانونية للأعمال الصادرة عن هذه السلطات، ومن ثم تحديد القوة الالزامية لهذه الأعمال .

---

(٤) راجع فى ذلك ــ الدكتور محمد عبد الله العربى: كفالة حقوق الأفراد والحريات العامة فى الدساتير ــ مجلة مجلس الدولة ــ ١٩٦٠ ــ السنوات ٨ : ١٠ ــ ص ٤٣ .

DUVERGER, Les regimes semi-presidentiels, 1984.
GAUDEMET, La séparation des pouvoirs, mythe et réalité, D. 1961, P.121.

(٥) يضرب فقهاء القانون الدستورى بنظام الحكم فى الولايات المتحدة مثالا للنظام القائم على الفصل المطلق بين السلطات العامة، عضويا وموضوعيا ، ومع ذلك فانه لايمكن انكار أن للسلطة التشريعية هناك ــ مجلس الشيوخ على وجه الخصوص ــ اختصاصات تتصل بالاشراف على سير العمل فى المرافق العامة، وتعيين الموظفين الاتحاديين واختيار الوزراء وكبار المسئولين فى السلطة التنفيذية، والرقابة على السياسة الخارجية ، علاوة على اختصاصات رئيس الجمهورية بصدد التشريع من حيث اقتراحه أو الاعتراض عليه، وتولى نائبه وهو عضو فى السلطة التنفيذية منصب رئيس مجلس الشيوخ وهو جزء من السلطة التشريعية . راجع: الدكتور نظمى لوقا ــ كيف تحكم أمريكا ــ ١٩٨٨ =

وموضوع دراستنا فى هذا المؤلف هو نظرية العمل الادارى ، وهى نظرية تجمع بين المسائل التاليـة :

١ ـ تحديد المقصود بالعمل الادارى وتمييزه عن الأعمال التى قدتختلط به ٠

٢ ـ موضوعات العمل الادارى والتى يمكن تحديدها فى تنفيذ القوانين ، وحماية النظام العام من خلال وسائل الضبط الادارى ، وتوفيـــر الخدمات والحاجات العامة من خلال المرافق العامة وبواسطـــة الأموال العامة، ومن ثم تمثل هذه الموضوعات المظاهر المختلفـــة لنشاط الادارة ومهامها أو وظائفها ٠

٣ ـ أساليب العمل الادارى أى التصرفات الادارية التى يمكن بواسطتهـا انجاز المهام الملقاه على عاتق الادارة ، وهى تتنوع الى عدة طـــرق أو أشكال يمكن حصرها فى الأعمال المادية للادارة والأعمال القانونية ذات الأثر القانوني الملزم ، ومثال هذه الأخيرة القرارات الاداريـة الفردية واللائحية والعقود الادارية ٠

٤ ـ المسئولية عن العمل الادارى والرقابة على مشروعيته لضمان عـــدم خروج السلطة الادارية من خلال عملها على نصوص القانون ومقتضاه ٠

وتقتصر دراستنا فى هذا المؤلف على المسائل الثلاثة الأولى سالفة الذكر ، حيث تتم دراسة مسألة المسئولية عن العمل الادارى والرقابة علـــى مشروعيته فى مؤلف (أو مؤلفات) مستقلة لا يتسع لها منهج الدراسة فـــى هذا المؤلف ، ومن ثم يقتصر هذا المنهج على المسائل التالية :

أ ـ التعريف بالعمل الادارى ٠

ب ـ موضوع العمل الادارى ٠

جـ ـ أساليب العمل الادارى ٠

وعليه نتناول بالدراسة هذه المسائل فى ثلاثة أبواب متتالية

DEBBASCH et autres, Droit Constitutionnel, 3 éd., = 1990, P.167.

الباب الأول

التعريف بالعمل الإدارى

LA NOTION DE L'action administrative

يستلزم التعريف بالعمل الادارى أن نحدد أولا طبيعة هـــــذا العمل بهدف التمييز بينه وبين كافة الأعمال الأخرى وخاصة تلك الصادرة عـن السلطات العامة فى الدولة • ويترتب على هذا التحديد لطبيعة العمل بيـان العلاقة القانونية بين العمل الادارى وغيره من تلك الأعمال الأخرى وهـــو ما يتبلور فى تحديد القوة القانونية التى يتمتع بها العمل الادارى فى اطـــار تدرج القوة الالزامية للأعمال القانونية فى التنظيم أو البناء القانونى للدولـــة الذى يربط بين كافة هذه الأعمال •

وعليه نعرض فى فصلين متتاليين لمسألتى الطبيعة القانونيـــــة للعمل الادارى والقوة القانونية له •

الفصل الأول
الطبيعة القانونية للعمل الادارى

يذهب الفقه التقليدى الى تقسيم وظائف الدولة الى ثلاث :

١ ــ **الوظيفة التشريعية** ، أى اصدار القواعد القانونية العامة المجـــردة التى تحدد ضوابط السلوك فى المجتمع وتلزم بها الحكام والمحكوميــن على السواء .

٢ ــ **الوظيفة التنفيذية** ، أى وضع القوانين موضع التنفيذ ، وما يرتبــط بذلك من العمل على اقامة وحماية النظام العام بين أفراد المجتمع ، وتوفير الخدمات الضرورية لهم واشباع حاجاتهم العامة .

٣ ــ **الوظيفة القضائية** ،وهى تهدف الى حل الخلافات التى تنجم عن تنفيذ القوانين وتطبيقها ، وذلك بالفصل فى المنازعات سواء بين الافــراد فيما بينهم ، أم بينهم وبين السلطات العامة الحاكمة .

غير أنه يلزم التنبيه الى أن هناك وظيفة رابعة ، كان معظــــم الفقه يتجه الى دمجها مع الوظيفة التنفيذية ، ألا وهى الوظيفة الحكوميــــة ، باعتبارها وظيفة متميزة عن الوظيفة الادارية التى تتولاها السلطة التنفيذيـــة ، ويغلب على الوظيفة الحكومية ــ فى مفهومها الصحيح ــ الطابع السياسى، فـــى حين يغلب على الوظيفة الادارية الطابع القانونى، لذا بدأ الفقه والقضــــاء فى الاتجاه حديثا نحو الفصل بين الوظيفتين ، ومن ثم التمييز بين العمــــل الادارى وعمل الحكومة ــ الذى يطلق عليه فى مصر عمل السيادة ــ وخاصـــة اذا كان يدخل فى اختصاص السلطة التنفيذية ، وفق ما سنوضحه لاحقا .

ومن ناحية أخرى يتعين ألا نغفل طائفة بالغة الأهميـــــن الأعمال القانونية، هى تلك الصادرة عن السلطة التأسيسية تعبيرا عن الارادة الشعبية ، وذلك حتى لا يقع الخلط بينها وبين بعض أعمال السلطات العامة

المؤسسة ، حيث تخضع كل طائفة من هذه الأعمال لنظام قانونى معين يختلف عن النظام القانونى الذى تخضع له سائر الأعمال الأخرى . ومن هنا نتبين أن تحديد طبيعة العمل أمر ضرورى لا غنى عنه لمعرفة النظام القانونى الذى يخضع له هذا العمل .

وعلى ذلك ينبغى عرض [illegible] الطبيعة القانونية للعمل الادارى بأن نبحث أولا فى معيار تحديد طبيعة هذا العمل ، ثم نعقب ذلك بتمييز العمل الادارى عن غيره من الأعمال الأخرى للسلطات العامة .

المبحث الأول
معيار تحديد العمل الادارى

لتحديد طبيعة العمل الصادر عن السلطات العامة المختلفة، يتردد الفقه والقضاء بين معيارين : المعيار الموضوعى الذى يبحث فى مضمون العمل ، والمعيار الشكلى أو العضوى الذى يستند الى الشكل الذى يصدر فيه العمل ، أو الاجراءات التى اتبعت فى اصداره، أو الجهة التى أصدرته•

وعليه فانه لتحديد الأعمال الادارية نبدأ أولا بعرض المعيار الموضوعى، يليه المعيار الشكلى، ثم تطبيق ذلك على الأعمال الادارية•

المطلب الأول
المعيار الموضوعى

يرى جانب من الفقه أن تحديد طبيعة العمل ينبغى أن يرتكز على مضمون العمل ذاته ومحتواه الداخلى، على أساس أن لكل من العمل الادارى والعمل التشريعى والعمل القضائى مضمون مميز يختلف عن مضمون العمل الآخر • (١)

وللتمييز بين مضمون كل من هذه الأعمال يرى هذا الجانب من الفقه أن التنظيم القانونى للدولة، أى مجموعة القواعد القانونية السائدة فى الدولة فى فترة معينة، يتكون من مجموعة من المراكز القانونية العامة والخاصة وتنشأ هذه المراكز القانونية أو تلغى أو تعدل بواسطة الأعمال القانونية التى تصدر عن مختلف السلطات فى الدولة•

---

(١) DUG UIT, Traité de Droit Constitutionnel, 2 éd., 1921, t.II, P.155.

JEZE, Les principes généraux du droit administratif, 1932, t.I, P.11.

BONNARD, Précis du droit public, 1944, P.5.

المؤسسة ، حيث تخضع كل طائفة من هذه الأعمال لنظام قانونى معين يختلف عن النظام القانونى الذى تخضع له سائر الأعمال الأخرى . ومن هنا نتبين أن تحديد طبيعة العمل أمر ضرورى لا غنى عنه لمعرفة النظام القانونى الذى يخضع له هذا العمل .

وعلى ذلك ينبغى عند بيان الطبيعة القانونية للعمل الادارى بأن نبحث أولا فى معيار تحديد طبيعة هذا العمل ، ثم نعقب ذلك بتمييز العمل الادارى عن غيره من الأعمال الأخرى للسلطات العامة .

المبحث الأول
معيار تحديد العمل الادارى

لتحديد طبيعة العمل الصادر عن السلطات العامة المختلفة، يتردد الفقه والقضاء بين معيارين : المعيار الموضوعى الذى يبحث فى مضمون العمل، والمعيار الشكلى أو العضوى الذى يستند الى الشكل الذى يصدر فيه العمل، أو الاجراءات التى اتبعت فى اصداره، أو الجهة التى أصدرته.

وعليه فانه لتحديد الأعمال الادارية نبدأ أولا بعرض المعيار الموضوعى، يليه المعيار الشكلى، ثم تطبيق ذلك على الأعمال الادارية.

المطلب الأول
المعيار الموضوعى

يرى جانب من الفقه أن تحديد طبيعة العمل ينبغى أن يرتكز على مضمون العمل ذاته ومحتواه الداخلى، على أساس أن لكل من العمل الادارى والعمل التشريعى والعمل القضائى مضمون مميز يختلف عن مضمون العمل الآخر . (١)

وللتمييز بين مضمون كل من هذه الأعمال يرى هذا الجانب من الفقه أن التنظيم القانونى للدولة، أى مجموعة القواعد القانونية السائدة فى الدولة فى فترة معينة، يتكون من مجموعة من المراكز القانونية العامة والخاصة وتنشأ هذه المراكز القانونية أو تلغى أو تعدل بواسطة الأعمال القانونية التى تصدر عن مختلف السلطات فى الدولة.

---

(١) DUG UIT, Traité de Droit Constitutionnel, 2 éd., 1921, t.II, P.155.

JEZE, Les principes généraux du droit administratif, 1932, t.I, P.11.

BONNARD, Précis du droit public, 1944, P.5.

ويقصد بالمركز القانوني مجموعة الحقوق والالتزامات التي يمكن أن يتمتع بها شخص معين استنادا الى القانون ، وبمعنى آخر هو الحالة التي يوجد فيها الفرد ازاء القانون ، ومثال ذلك مركز المالك ومركز الموظف ومركز الدائن ومركز المدين ومركز القاصر .

والمراكز القانونية اما أن تكون عامة أو خاصة ، والمراكز القانونية العامة هي تلك التي يكون مضمونها واحدا بالنسبة لجميع الافراد الذين يشغلونها ، نظرا لتحديد هذا المضمون عن طريق قواعد عامة مجردة ، ومثالها مركز الموظف العام (في القانون العام) ومركز القاصر (في القانون الخاص) .

أما المراكز القانونية الخاصة (أو الشخصية) ، فان مضمونها يتحدد بصدد كل حالة أو كل فرد على حدة ، وتبعا لذلك يختلف هذا المضمون من فرد الى اخر ومن حالة الى أخرى ، بمعنى أن هذه المراكز تختلف باختلاف شاغليها من الافراد ، وأبرز الامثلة لهذه المراكز هي تلك التي تنشأ عن العقود سواء في مجال القانون الخاص أو القانون العام ، فموضوع هذه العقود والحقوق التي تنشئها والالتزامات التي تترتب عليها هي أمور تختلف باختلاف الحالات وتتحدد تبعا للظروف الخاصة بكل حالة على حده .

أما الأعمال القانونية ، فهي التعبير عن ارادة مصدر العمل في احداث اثر قانوني يترتب عليه تعديل في التنظيم القانوني القائم ، وهي تنقسم من حيث آثارها أي من حيث نوع وطبيعة المراكز القانونية التي تنشئها أو تسندها الى الافراد ، الى ثلاثة أنواع :

١ ــ أعمال مشرعة : وهي تلك التي تضع قواعد عامة تؤدي الى انشاء أو تعديل أو الغاء مراكز قانونية عامة ، ومثالها القوانين واللوائح .

٢ ــ أعمال شرطية : وهي أعمال تصدر بهدف الحاق فرد معين بمركز قانوني عام ، ولذلك فهي تعتبر أعمالا مكملة للأعمال المشرعة ، اذ أنها تعتبر الشرط الذي لابد من توافره حتى يتمتع الشخص بالمركز القانوني المسند

اليه، ومن هنا جاء وصف هذه الاعمال بأنها (أعمال شرطية) ومثالها قـــرار تعيين شخص ما في احدي الوظائف العامة ٠

٣ ـ أعمال شخصية :٠ وهي الاعمال التي يترتب عليها انشـــاء أو تعديل أو الغاء مراكز قانونية خاصة ،ومثالها العقود٠

وتأسيسا على ما تقدم ، يتجه أنصار المعيار الموضوعي الى تحديـــد العمل التشريعي بأنه العمل الذى يتضمن قواعد عامة موضوعية، وهو ماينطبـــق على القوانين واللوائح و كافة الاعمال المشرعة بصفة عامة ٠

أما العمل الادارى فانه العمل الذى يتسم بالخصوصية أو الفرديـــة، وينطبق هذا الوصف على الاعمال الشرطية والاعمال الشخصية، فكلاهما ينتـــج أثرا فرديا ، بمعنى أن كلامنهما ينصب على فرد معين بالذات ، وان كانـــا يختلفان فى أن العمل الشخصي ينشيء مركزا خاصا جديدا فى حين أن العمـــل الشرطى لا ينشيء مراكز جديدة وانما تقتصر مهمته فى تحديد الشخص الـــذى سيدخل فى نطاق مركز عام معين٠

ومن ناحية أخرى يتميز العمل القضائى، بأنه لايتضمن أى مســـاس بالتنظيم القانونى القائم ، فهو لايؤدى ـ على خلاف العمل التشريعـــى والعمل الادارى ـ الى انشاء أو تعديل او الغاء للمراكز القانونية العامـــة أو الخاصة، وانما هو يتضمن فقط تقرير للقانون وانزال حكمه على المنازعـــات، وبالاحرى فانه يقتصر على الكشف عن حقيقة المراكز القانونية المتنازع عليها ٠

وعليه فان العمل القضائى هو العمل الذى يتضمن الفصل فـــى خصومة قضائية حول مركز قانونى خاص أو عام ، بقرار يطبق القانون وينـــزل حكمه على النزاع بدون مساس بالمراكز القانونية القائمة أو انشاء لمراكز جديدة (٢)

---

(٢) الدكتور محمود حافظ : القضاء الادارى ،ص ٣٩٢٠

غير أنه اذا كان المعيار الموضوعي في تمييز أعمال السلطات العامة في الدولة يتميز بأنه أكثر اتفاقا مع طبيعة الاشياء وأكثر مساعدة على تفهم حقيقة أعمال الدولة ازاء اهتمامه بطبيعة العمل الداخلية وجوهره دون مظهره الخارجي، الا أنه يعاب على هذا المعيار شدة تعقيدة ودقته مما أثار خلافات فقهية كبيرة، كما أنه من ناحية أخرى، لايتفق مع المبادىء القانونية التي يقوم عليها القانون الوضعي في فرنسا والدول التي تأثرت بنظمها القانونية مثل مصر .

فالنظام الدستوري في فرنسا ومصر، والأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات وما يترتب عليه من نتائج، يستلزم الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين مختلف أعمال السلطات العامة التي قد تتشابه من حيث طبيعتها الداخلية أو مضمونها، مثل اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية وقوانين السلطة التشريعية .

فالدستور الذي يسمو على كافة القواعد القانونية الأخرى في الدولة ويقيد السلطات العامة فيها، هو الدستور بالمعنى الشكلي بصرف النظر عن مضمونه، وبالأحرى فان القانون الدستوري وهو أساس النظام القانوني في الدولة، يعتمد على معايير وضوابط شكلية أو عضوية مما يوجب أن يتأسس معيار تمييز أعمال السلطات التي تنشأ وفقا لهذا الدستور على ضوابط شكلية او عضوية، حتى يتوافق مع معطيات القانون الوضعي.

ومن ناحية أخرى فان مبدأ الفصل بين السلطات يحتم هو الآخر الأخذ بمعيار عضوي أو شكلي في تمييز العمل الاداري عن الأعمال التشريعية والأعمال القضائية، ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات يهدف الى اقامة فصل عضوي أوشكلي بين السلطات الثلاثة في الدولة، وهو ما يقتضي تخصيص عضو مستقل لكل وظيفة من وظائف الدولة، فيكون هنالك جهاز خاص للتشريع وجهاز آخر للتنفيذ وجهاز ثالث للقضاء ، بحيث يمكن الاستناد الى صفة العضو لتحديد طبيعته، وهو ما يحققه المعيار الشكلي.

المطلب الثاني
المعيار الشكلـــــى

يقابل الاتجاه السابق الذى يأخذ بالمعيار الموضوعى فى تحديــــد طبيعة العمل الادارى ، اتجاه آخر يجعل من صفة العضو الذى يصدر عنه العمل والاجراءات التى يمارس خلالها سلطته فى اصداره، المميز المعول عليـه فى التعرف على طبيعة العمل ، و[illegible] المعيار الشكلى .

ويقوم هذا المعيار على أساس أن ما يميز العمل هو شكلــــه دون مضمونه، فيكون العمل اداريا اذا كان صادرا عن جهة ادارية، واتبعت الادارة فى اصداره الاجراءات والاشكال الادارية، ويكون العمل تشريعيا اذا كانـــت السلطة التشريعية قد أقرته طبقا للاجراءات والأوضاع التى يحددها الدســتور لذلك . ويوصف العمل بأنه قضائى متى كان صادرا من السلطة القضائيــــة، علاوة على خروج أعمال السلطة التأسيسية من زمرة العمل الادارى .

ويتميز هذا المعيار بالبساطة وعدم التعقيد اذ يكفى معرفة مصــدر العمل فيتحدد بالتالى نوعه .

غير أنه يعاب على هذا المعيار أنه يتأسس على الفصل المطلق بيــن السلطات ، بحيث تختص كل سلطة منها باحدى وظائف التشريع أو التنفيـــذ أو القضاء دون غيرها ، فى حين أن الواقع يشير الى أن الفصل بين السلطـات لم يترتب عليه الفصل بين الوظائف والاختصاصات، بل على العكس من ذلــك هناك تداخل فى هذه الوظائف والاختصاصات بين السلطات المختلفة فـــى الدولة .

فالسلطة التشريعية تقر الى جانب القوانين ،أعمالا ادارية من حيث موضوعها مثل قانون الميزانية، والسلطة الادارية تساهم فى الوظيفة التشريعيـــة بما تصدره من لوائح وهى أعمال تشريعية من حيث طبيعتها الموضوعية، كمـــا

أنها تشارك القضاء فى وظيفته أحيانا عن طريق اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى ، وتجمع السلطة القضائية أيضا الى جانب وظيفتها القضائية الاصلية وهى اصدار الاحكام فى المنازعات، وظيفة ادارية — تسمى الوظيفة الولائية للقضاء — تصدر بناء عليها قرارات أو أوامر مختلفة ومتميزة عن الأحكام القضائية.

ومع ذلك فان هذا التداخل يؤكد فى واقع الأمر ضرورة الأخذ بالمذهب الشكلى، لان اختلاف الجهة مصدرة العمل يؤدى الى اختلاف عناصر الشكل والاجراءات التى يصدر فيها هذا العمل ، ومن ثم تصبح هذه الاشكال المميز الوحيد والأساسى بين هذه الأعمال .

ولذلك يأخذ المشرع والقضاء الفرنسيان بالمعيار الشكلى بصفة أساسية سواء بالنسبة للتمييز بين الأعمال الادارية والأعمال التشريعية، أو بين الأعمال الادارية والأعمال القضائية، وبذلك تكون العبرة فى تحديد نوع العمل بصفة السلطة أو الهيئة التى تصدره، والشكل والاجراءات التى تتبع فى اصداره . فالقانون الصادر فى ٢٤ مايو ١٨٧٢ بتنظيم مجلس الدولة الفرنسى وكذلك الأمر المنظم له الصادر فى ٣١ يوليو ١٩٤٥ ، ينص على أن محل الطعن لتجاوز السلطة هو الأعمال الصادرة من السلطات الادارية المختلفة، وهو ما يعنى أن المشرع الفرنسى يعتنق المعيار العضوى، وهو أيضا ما سار عليه الـ[illegible]ارى الفرنسى، وان كان قد لجأ الى الأخذ بالمعيار الموضوعى على سبيل الاستثناء فى بعض الحالات ، وذلك للتمييز بين الأعمال المختلفة الصادرة من جهة الادارة، أو للتمييز بين أعمال الادارة والأعمال التى تصدر من هيئات خاصة مثل لجان تنظيم الانتاج الصناعى ونقابات المهن .(٣)

---

(٣) A. DE LAUBADERE et autres, T. de droit Administratif, t.I, éd.11, 1990, PP.481-495.

أما فى مصر ، فليس هناك نص تشريعى صريح يدل على الأخـــــذ بالمعيار الشكلى، ومع ذلك فان روح التشريع المصرى تقضى بذلك [٤] ، كمـــا أن كثير من أحكام القضاء الادارى المصرى تأخذ به كمعيار أساسى فى هـــذا الصدد [٥] ، مع الاستعانة بالمعيار الموضوعى بصفة استثنائية فى بعـــــض الحالات، مثل تحديد طبيعة القرارات الصادرة من رئيس المجلس النيابى بشأن موظفى المجلس [٦] .

وفى تقديرنا أن العيب الحقيقى للمذهب الشكلى، هو أنه قد يؤدى الى ادخال بعض الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيـذية ضمن الاعمال الاداريـة مما يترتب عليه خضوعها للنظام القانونى لهذه الأعمال بما فى ذلك خضـــوع هذه الأعمال للرقابة على مشروعيتها ، فى حين أن من المتفق عليه ــ لسبـــب أو لآخر ــ عدم خضوعها لتلك الرقابة، ومثال هذه الأعمال القرارات التفسيرية، وأعمال الحكومة مثل الاعمال الصادرة فى شأن علاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان كقرار حله أو وقف جلساته .

---

(٤) الدكتور محمود حافظ، القضاء الادارى سالف الذكر، ص ٣٩٩ .

(٥) محكمة القضاء الادارى فى٢٧/٤/١٩٥٣ قضية٣٧١ لسنة ٦ ق ، المجموعة السنة٧ رقم٥٥٨ ص ١٠٠٠ ، وفى٣٠/٦/١٩٥٣ قضية ٢١٨ لسنة ٤ ق ، المجموعة السنة٧ رقم ٦ ،٨٠ ص ٢ فـى ٧/١/١٩٤٨ قضية ٣٨ لسنة ١ ق ، المجموعة السنة٢ رقم ٣٨ ص ٢٢٢ ، والمحكمة الادارية العليا فى ٢/٢/١٩٥٧ قضيـة ٤٧ لسنة ٣ ق ،المجموعة السنة ٢ رقم ٥١ ص ٤٤٨ ، وفـــى ٢١/١١/١٩٦٤ قضية ٦٤٥ لسنة ٩ق ، المجموعة السنة ١٠ رقم ٩ ص ٦٩، وفى ٢٤/٢/١٩٦٨ قضية ٩٣٠ لسنة ١١ ق ، المجموعة السنة ١٣ رقم ٧٦ ص ٥٦٤ .

(٦) محكمة القضاء الادارى فى ١/١٢/١٩٤٨ قضية ٢٠٠ لسنة ١ق ، المجموعة السنة ٣ رقم ٢٦ ص ١٠٦ .

ومن ناحية أخرى ، قد تختلط أحيانا أعمال السلطة التأسيسية مع الاعمال الادارية ، وذلك اذا اختص الدستور احدى الجهات الادارية بسلطة "الاعلان" عن ارادة السلطة التأسيسية بصدد مسائل معينة. ولذلك يتطلب تمييز الأعمال الادارية عن كل تلك الأعمال سالفة الذكر الأخذ ببعض الضوابط الموضوعية .

وتأسيسا على ما تقدم فاننا نرى أن تمييز العمل الادارى عن غيره من الأعمال الأخرى سواء تلك الصادرة عن سلطات أخرى خلاف السلطة التنفيذية أو تلك الصادرة عن السلطة التنفيذية ذاتها ، يتطلب الجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي وذلك على التفصيل الوارد في المطلب التالى .

المطلب الثالث
تحديد العمل الادارى

انتهينا فيما سبق الى أن تحديد طبيعة العمل الادارى على وجه الدقة ، يستلزم أولا الأخذ بالمعيار الشكلى فيكون العمل اداريا اذا كان صادرا عن جهة ادارية وبالاجراءات الادارية ، ثم الأخذ ثانيا بضابط موضوعى مكمل وهو أن يتصل هذا العمل بالوظيفة الادارية. ومن ثم يمكننا القول بأن العمل الادارى هو العمل الصادر عن سلطة ادارية ، مع ضرورة مراعاة أن اصطلاح السلطة الادارية يجب أن يجمع بين المعنى العضوى لهذه السلطة والمعنى الموضوعى أو الوظيفى لها ، وذلك على النحو التالى :

(أ) المعنى العضوى للسلطة الادارية : يمكن تعريف السلطة الادارية وفقا للمعنى العضوى بأنها مجموعة من الهيئات أو الأجهزة تتولى داخل الدولة مباشرة الوظيفة الادارية وذلك بتنفيذ القوانين وحماية النظام العام واشباع الحاجات العامة لأفراد المجتمع .

وتشمل السلطة الادارية وفقا لهذا المفهوم كافة الهيئات والمنظمات

والأجهزة التى تتولى مباشرة الوظيفة الادارية، وبذلك ينصرف مدلول السلطة الادارية الى أجهزة الادارة العامة فى الدولة دون الادارة الخاصة التى تنصرف الى ادارة المشروعات والأعمال التى يتولاها الأفراد لادارة اوجه نشاطهم المختلفة • كذلك ينصرف هذا المدلول الى السلطة التنفيذية وحدها دون غيرها من السلطات العامة الأخرى ، لانها السلطة المخولة دستوريا بمباشرة الوظيفة الادارية •

وتتكون السلطة الادارية فى مصر وفقا للدستور الحالى من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء والمحافظين ومديرى وموظفى الادارات المختلفة سواء كانت ادارات أو منظمات مركزية أو لا مركزية •

وعليه يمكن القول بأن السلطة الادارية تتمثل عضويا فى مجموعة من الاشخاص المعنوية العامة" الأشخاص الادارية" ، والتى يختص بالتعبير عن ارادتها مجموعة من الأشخاص الطبيعية " الموظفون العموميون " ، فيكون العمل الصادر منهم تعبيرا عن هذه الارادة من الأعمال الادارية كأصل عام" (٧)

(ب) المعنى الموضوعى للسلطة الادارية : يتصل المعنى الموضوعى للسلطة الادارية بالوظيفة الادارية المخولة لتلك السلطة، أى بأوجه النشاط الادارى الذى يجرى داخل التنظيم الادارى، وأساليب ممارسة هذا النشاط ،

---

(٧) تتم دراسة السلطة الادارية وفقا لهذا المعنى بصورة مستقلة تحت عنوان التنظيم الادارى ، أى تنظيم السلطة الادار الوظيفة العامة من الناحية القانونية،وهى دراسة تتصل بصورة رئيسيه بالعلاقات داخل السلطة الادارية ذاتها ، فهى دراسة للبناء التنظيمى الادارى والعلاقات التى تنشأ داخله بين وحدات هذا التنظيم أو بينه وبين الأفراد الذين يمثلونه وهم بصفة عامة طائفة الموظفين الـ

والهدف منه ، وهو الأمر الذى يتناول بصفة أساسية العلاقات التى تنشأ بين الادارة من ناحية والأفراد أو المجتمع من ناحية أخرى •

وعليه يتحدد العمل الادارى وفقا لهذا المدلول بالنظر أولا الى موضوعه، أى أوجه النشاط الذى تمارسه الجهات المنوط بها ممارسة الوظيفة الادارية، والذى يتمثل وفقا لمعظم نصوص دساتير دول العالم فى تنفيذ القوانين ، وحماية النظام العام فى الدولة ،واشباع الحاجات العامة فيهما • كما يتحدد هذا العمل أيضا بالنظر الى الهدف من ممارسته، حيث لايستهدف العمل الادارى سوى تحقيق المصلحة العامة•

وأخيرا يتميز هذا العمل بأنه يعتبر ممارسة لسلطة عامة، من خلال اتباع أساليب تختلف عن أساليب العمل الخاص، وهوالأمر الذى يساعد على التمييز بين النشاط الادارى والنشاط الفردى أو الخاص، بوصفه العنصر الذى ينفرد به العمل الادارى بالمقابلة مع العمل الخاص •

والواقع أنه فى العديد من الأحوال نجد أن هناك أوجه من التماثل بين النشاط الادارى والنشاط الخاص من حيث طبيعة العمل فيهما ، سيما ما يتعلق بنشاط الادارة فى صدد اشباع الحاجات العامة عن طريق المرافق العامة — ومع ذلك فان التفرقة بينهما تقوم بالنظر أولا الى الهدف الذى يتغياه الأفراد من نشاطهم، وهو تحقيق مصالحهم الخاصة بصرف النظر عن مدى تحقيقه كذلك للصالح العام، فى حين أن السلطة الادارية لا تستهدف من نشاطها وعملها الادارى سوى تحقيق المصلحة العامة •

غير أنه لدقة هذه التفرقة وصعوبتها أحيانا ، فان المميز الرئيسى بينهما يرتكز على وسائل وأساليب كل من الادارة والأفراد فى تحقيق أوجه نشاطهم، فازاء اختلاف أهداف النشاط الخاص عن النشاط الادارى ، فانه يكون من الطبيعى والضرورى أن تختلف وسائل ممارسة كل منهما ، فالنشاط الخاص تحكمه مبادىء المساواة أمام القانون وسلطان الارادة واستقلالها والعقد شريعة

المتعاقدين ، حيث لايجوز أن تعلو ارادة أى فرد على ارادة فرد آخـــــر دون موافقة هذا الأخير ، ومن ثم يلزم قيام التراضى بين الافراد فى علاقات النشـاط الخاص، ويكون العقد أى الاتفاق الرضائى هو الأسلوب الأمثل والمألـــــوف والرئيسى فى التعامل بشأن هذه العلاقات. (٨)

أما فى نطاق النشاط الادارى ، فان العلاقات الادارية تقوم علـــى أساس من عدم المساواة بين طرفى العلاقة ، حيث لا تتساوى المصلحة العامة التى تستهدفها الادارة مع المصلحة الخاصة التى يبتغيها من يتعامل معها مـن الافراد . فالمساواة تفترض تساوى اطراف العلاقة من حيث مراكزهم القانونية، ومن حيث المصالح التى يسعون الى تحقيقها ، وهو مالا يتوافر فى الحيـــاة العملية بصدد العلاقات بين الادارة والأفراد. (٩)

وعليه فان العمل الادارى أو بالأحرى ممارسة الادارة لنشاطهـــا الادارى بوصفها سلطة عامة، تعنى تميز هذا العمل بمجموعة من الوسائـــل والاساليب(أو الامتيازات كمايراها البعض) التى من شأنها تمكين الادارة مـن ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ومن ثم تتسم هذه الأساليـب دائما بطابع السلطة العامة ، فتستطيع الادارة مثلا أن تلزم الأفراد بارادتهـا

---

(٨) ومع ذلك يلزم ملاحظة أنه فى كثير من العلاقات الخاصة بين الأفراد، تكون المساواة بينهم غير حقيقية، حيث يتغلب الطرف الأقوى بارادته على الطرف الاضعف، وهو مايتجلى جليا فى عقود الاذعان ،ومايمكن أن نلمسه كذلك فى عقود العمل والايجار، مما يمكن القول معـــه بأن القانون الخاص هو قانون المساواة الشكلية بين الأفراد بصـدد التعامل فيما بينهم.

(٩) بيد أن ذلك لاينفى ولايستبعد التساؤل عمن له السلطة الحقيقية فى الكثير من العلاقات بين الادارة والافراد، خاصة اذا كان مـن بينهم من يملك قوة المال أو الاقتصاد أوالتعبير عن جماعات الضغط السياسية، ومن ثم لمن تكون السلطة الحقيقية ؟

المنفردة بما تدعيه من حقوق ، وذلك من خلال ما تصدره من قرارات ادارية ملزمة للأفراد دون توقف على قبولهم لها أو رضائهم بمضمونها ، فان رفضوا تنفيذها طواعية واختيارا ، فانها تملك أن تنفذها جبرا وبالقوة عند الاقتضاء، دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء مثلا ، ومن هنا تعد القرارات الادارية وهى وسيلة غير متاحة للافراد ، أخطر وسائل الادارة فى تحقيق عملها وممارسة نشاطها .

غير أنه يلزم ملاحظة أن وسائل العمل الادارى أو أساليب ممارسة النشاط الادارى ، ليست كلها امتيازات تتمتع بها الادارة دون الأفراد ، وانما تشمل كذلك ما يفرضه عليها المشرع من قيود على حريتها فى ممارسة عملها وأوجه نشاطها ،وهى أيضا قيود لا نظير لها فى القانون الخاص ، ومثال ذلك تحريم بعض الأساليب عليها أو فرض اجراءات محددة يتعين اتباعها لدى ممارستها لاساليب معينة، كفرض طرق محددة لاختيار الموظفين العموميين وترقيتهم وانهاء خدمتهم، أو فى صدد اختيار المتعاقدين معها بفرض أساليب المناقصات والمزايدات دون غيرها ، أو التعامل مع مؤسسات بعينها دون سواها ،والزامها بتقديم الخدمات التى توفرها الى كل من يطلبها من جمهور المنتفعين وفقا لقواعد عامة محددة سلفا لضمان المساواة بينهم، وبالاسعار التى تحددها الدولة بغض النظر عن الاعتبارات الاقتصادية .

والحقيقة أن مظاهر السلطة العامة بصدد العمل الادارى ، تجمع بين دفتيها قدر من الامتيازات وآخر من القيود ، اذ غالبا ما تدق المسألة فى تحديد طبيعة مظهر السلطة العامة وهل يندرج ضمن الامتيازات أم القيود ازاء احتوائه على الأمرين معا ، المزايا لتحقيق المصلحة العامة والقيود لضمان عدم اساءة استخدام هذه المزايا ، ومثال ذلك ما يتصل بقواعد المسئولية الادارية والعقود الادارية والرقابة على مشروعية الاعمال الادارية، اذ هى خليط بين هذه وتلك، ويرجع ذلك الى أن هذه الامتيازات ليست حقا شخصيا للادارة، وانما هى وسائل مقررة للادارة لتحقيق المصلحة العامة، أى صالح المجتمع وليس صالح الادارة ذاتها .

والخلاصة أن العمل الاداري يتميز ــ موضوعيا ــ عن العمل الخاص بأن الأول يستهدف فحسب تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي يستخدم أساليب ووسائل مغايرة لأساليب العمل الخاص الذي يستهدف دوما تحقيق المصلحة الخاصة، مما يؤدي الى ظهور الادارة بمظهر يختلف عن مظهر الأفراد ألا وهو مظهر السلطة العامة .

بعد شرح المعنى العضوي للسلطة الادارية والمعنى الوظيفي أوالموضوعي لها ، يبقى التساؤل عما اذا كان التطابق بين المعنيين يتحقق بصورة تامة بحيث لا تمارس الهيئات والأجهزة الادارية سوى العمل والنشاط الاداري، كما أنه يقوم حتما بكل نشاط أو عمل اداري احدى هذه الهيئات أو تلك الأجهزة ، ومن ثم يكفي الاستعانة بأحد المعنيين العضوي أوالموضوعي لتحديد مدلول العمل الاداري، أم أنه من الممكن أن تقوم هيئات ادارية بممارسة أعمال وأنشطة غير ادارية علاوة على وجود أعمال ادارية لا تصدر عن أجهزة ادارية ؟

الواقع يشير الى عدم التطابق التام بين المعنيين العضوي والموضوعي للسلطة الادارية ، بحيث يغني الأخذ بأحدهما عن الآخر .

فمن الناحية العضوية، من الملاحظ أن السلطة الادارية ليست فى الواقع سوى السلطة التنفيذية ذاتها ، ومع ذلك فان للسلطة التنفيذية وظيفة أخرى خلاف الوظيفة الادارية، ألا وهى وظيفة الحكم أو الوظيفة الحكومية ، وهى تلك الوظيفة التى تتعلق بمباشرة السلطة التنفيذية لنشاطها المتصل بعلاقاتها المباشرة بالسلطات العامة الاخرى فى الدولة، أو بتمثيل الدولة بأكملها فى علاقاتها بالخارج، أي بالدول الأخرى والمنظمات الدولية، وسواء تمت هذه العلاقات فى وقت السلم أم فى وقت الحرب، وقد اصطلح الفقه على تسمية الاعمال المتصلة بهذه الوظيفة بأعمال "السيادة" أو أعمال " الحكومة" ، تمييزا لها عن العمل الاداري .

ومن ناحية أخرى فان للسلطة الادارية نشاطها الخاص الذى لايخضع للقانون الادارى ولا يستهدف تحقيق المصلحة العامة مثلما هو الحال فى شـأن ادارة الاموال الخاصة للدولة، بل انه توجد جوانب هامة من أنشطـــة الادارة تخضع لقواعد القانون الخاص، حيث تلجأ الادارة أحيانا الى وسائل القانون الخاص اذا وجدت أن تلك الوسائل أكثر ملاءمة فى تحقيق المصلحة العامة على أكمـل و[illegible] من [illegible]ائل القانون الادارى. وفى هذه الحالة تتخلى الادارة عن [illegible] فتهـا كسلطة عامة وتظهر فى العلاقات المترتبة على هذه الأنشطة بمظهر عادى مماثـل للافراد تماما، وبالتالى تخرج هذه الأعمال بدورها من دائرة الأعمال الادارية.

أما من الناحية الموضوعية أو الوظيفية، فمن الملاحظ أنه قد يمـارس أحد الاشخاص الخاصة (الطبيعية أو الاعتبارية) نشاطا يستهدف تحقيق المصلحة العامة أساسا ، ولاعتبارات عملية تتصل بالفعالية وسرعة الانجاز، يستلـــزم الأمر النظر اليه بوصفه سلطة ادارية ، أى من الاشخاص العامة ، بالرغم مـن أنه ليس كذلك من الناحية العضوية، حتى يتسنى له الالتجاء الى أساليب العمل الادارى أو بعضها ، وهو ما يتحقق مثلا فى التزامات المرافق العامة والمؤسسات أو الهيئات الخاصة ذات النفع العام بصدد بعض جوانب نشاطها ذات الطابـــع الادارى.

وتأسيسا على ما تقدم ، يتبين لنا أنه لاسبيل الى تحديد العمـــل الادارى بالنظر الى أحد المعنيين العضوى أو الموضوعى للسلطة الاداريـة دون الاخر، ومن ثم يقصد بالأعمال الادارية، تلك الاعمال الصادرة عن الجهـــات الادارية بشأن وظيفتها الادارية، وتتحدد الجهات الادارية والوظائف الادارية وفقا لنصوص الدستور فى الدولة .

وعلى ذلك، فان الاعمال الصادرة عن سلطة غير ادارية تخرج مـن نطاق الاعمال الادارية ومثل ذلك أعمال السلطة التشريعية من قوانين وأعمـال برلمانية ، علاوة على أعمال السلطة القضائية، حتى ولو اتسمت بعض هـــذه الأعمال بالطبيعة الادارية من حيث الموضوع، وذلك على نحو ما سنفصله لاحقا.

المبحث الثانى
تميز العمل الادارى

انتهينا فيما سبق الى أن العمل الادارى يتميز بأنه يصدر — عضويا — عن السلطة الادارية أو بالأخرى السلطة التنفيذية، وبأنه يتعلق — موضوعيا — بالوظيفة الادارية التى تمارسها الجهات الادارية بوصفها سلطة عامة •

ومقتضى ما تقدم أن ما يصدر عن السلطات العامة الأخرى من أعمال يخرج عن دائرة العمل الادارى، ومن ثم تخرج القوانين والأعمال البرلمانية الأخرى الصادرة عن السلطة التشريعية ، وكذلك الأحكام وأعمال السلطة القضائية، من زمرة الأعمال الادارية، دون أن يؤثر ذلك على مسألة أخرى وهى مدى اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة ببعض هذه الأعمال اذ قد يتحقق هذا الاختصاص وفقا للمعيار الموضوعى وحده بصدد بعض أعمال السلطات الأخرى •

ومن ناحية أخرى، فان الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية ليست جميعها من الأعمال الادارية، وانما فقط ما يتصل منها بالوظيفة الادارية وبمعنى آخر عندما تتصرف السلطة التنفيذية بوصفها سلطة ادارية ، أما اذا تصرفت فى اطار وظيفتها الحكومية ، أى باعتبارها " سلطة حكم" وليس "سلطة ادارة" ، فان أعمالها فى هذه الحالة لا تعد من الأعمال الادارية، وبالتالى تخرج ذلك من دائرة اختصاص القضاء الادارى بنظر المنازعات الادارية، يضاف الى ذلك أن السلطة التنفيذية تختص أيضا بالاعلان عن ارادة السلطة التأسيسية ، مما يعنى أن الأعمال الصادرة عن الادارة فى هذه الحالة لاتعد بأى حال من الأحوال من الأعمال الادارية، اذ هى منبتة الصلة — موضوعيا — بالوظيفة الادارية •

نخلص من ذلك الى أنه يتعين تمييز العمل الادارى عن أعمال السلطتين التشريعية والقضائية من ناحية ،والاعمال الحكومية والاعلان

عن ارادة السلطة التأسيسية من ناحية أخرى وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول
الأعمال التشريعيــة

الأعمال التشريعية وفقا للمعيار الشكلى ـ السائد فقها وقضاء علـــى نحو ما فصلناه فيما سبق ـ هى تلك الاعمال الصادرة عن السلطة التشريعيـــة ولذلك فهى تضم أساسا القوانين أى التشريعات التى يقرها البرلمان ، كمـــــا تشمل كافة الاعمال الاخرى الصادرة عنه والتى يطلق عليها الاعمال البرلمانية .

أولا : القوانيــــن :

تعتبر وظيفة التشريع الاختصاص الرئيسى للسلطة التشريعية فـــى الدولة ، سواء كان هذا الاختصاص مطلقا كقاعدة عامة كما هو الحال فى مصـــر ، أم كان اختصاصا مقيدا بموضوعات محددة على سبيل الحصر مثلما هو الحال فـى فرنسا .

وعليه فان التشريعات التى يسنها البرلمان أو بالأحرى القوانين ، لاتعد أعمالا ادارية ، وذلك وفقا للمعيار الشكلى والموضوعى ، كذلك ، وتبعا لذلك تخرج هذه الأعمال (التشريعات) من دائرة اختصاص القضاء الادارى بالفصل فـــى المنازعات الادارية ، وان كانت تخضع للرقابة على دستوريتها من جانب المجلـــس الدستورى فى فرنسا ، أو المحكمة الدستورية العليا فى مصر .

أما التشريعات التى تصدرها الادارة أو بالأحرى اللوائح ، فانهـــا وان كانت تعد اعمالا تشريعية وفقا للمعيار الموضوعى ، الا أنها تعتبر اعمالا اداريـــة وفقا للمعيار الشكلى المأخوذ به فقها وقضاء فى مصر وفرنسا .

ومع ذلك فان القرارات التفسيرية للقوانين والتى تصدرها الادارة بنـاء على نص تشريعى يخولها سلطة اصدار هذه القرارات ، تعتبر من الاعمـــــال

التشريعية باعتبارها جزءا مكملا للقانون محل التفسير ، وتبعا لذلك تأخذ حكمه وتكتسب حصانته ضد رقابة القضاء الادارى ، وهذا ما استقر عليه القضاء الادارى . (١٠)

على أنه لكى يكون للقرار التفسيرى طبيعة الأعمال التشريعية ، فانه يجب أن يلتزم حدود التفسير ولا يتجاوزها الى المراكز القانونية سواء بالانشاء أو التعديل أو الالغاء ، فاذا تجاوز حدود التفسير تحول الى قرار ادارى وفقد الحصانة المقررة للقرارات التفسيرية ، ومن ثم فاذا كان مخالفا للقانون فانه يكون غير مشروع ويخضع بالتالى لرقابة القضاء الادارى .

وأخيرا يتعين ملاحظة أن القوانين بالمعنى الفنى الدقيق . تطلق على التشريعات التى تتضمن قواعد عامة مجردة ، ومع ذلك فان التشريعات التى لا تتضمن مثل هذه القواعد ، وانما تتعلق بمسائل خاصة أو حالات محددة فضل المشرع الدستورى عرضها على البرلمان لاقرارها بقانون (١١) لأهميتها الخاصة

---

(١٠) محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٤/١٢/٢٠ ، المجموعة السنة ٩ رقم ١١٩ ص ١٥٢ .

(١١) نشير فى هذا الصدد الى أن الأصل هو أنه لايجوز للقانون أن يعدل المراكز القانونية الفردية ، الا اذا نص المشرع الدستورى على ذلك صراحة فى حالات محددة ، لأن حرية البرلمان فى التشريع تعنى حريته فى وضع القواعد العامة المجردة فى حدود اختصاصاته فاذا كان القانون فى حقيقة مضمونه ، ليس الا قرارا فرديا اتخذ ثوب القانون من الناحية الشكلية ، فانه يكون بذلك قانونا غير دستورى لمخالفته النصوص التى تحدد اختصاص السلطة التشريعية بمجال التشريع فحسب ، اى فى مجال وضع القواعد العامة المجردة دون القرارات الفردية التى تدخل فى اختصاص الادارة بحسب الاصل .

او لتأثيرها على أموال الدولة او لمساسها بالمصالح العامة العليا للدولـــــة، هذه التشريعات تعد أيضا من القوانين استنادا الى المعيار الشكلى لأنها تصدر فى صورة قانون أقره البرلمان طبقا للاجراءات التى رسمها الدستور لسن القوانين ،وبالتالى فهى تخرج من نطاق الاعمال الادارية بالرغم من أنها كذلك من الناحية الموضوعية، ومثال هذه القوانين : قانون ربط الميزانية، وقانون منح احتكار أو التزام بمرفق عام أو عقد قرض •

ثانيا : الاعمال البرلمانيـة :

الأعمال البرلمانية هى تلك التصرفات الصادرة عن البرلمان أو احدى هيئاته، أو أحد أعضائه بحكم وظيفته ، فى شأن تأدية وظائفهم، أو بصدد النظام الداخلى للبرلمان ، ومثال ذلك اللوائح التى يضعها المجلس لنظامه الداخلى وسير العمل فيه، واجراءات الاتهام التى تصدر عن المجلس، وكافة الأعمال التى تصدر عن اللجان المؤقتة والدائمة للبرلمان او لجان التحقيق التى يشكلها ، أو مكاتب البرلمان ورئاسته • وكل مايقوم به عضو البرلمان فى ممارسته لمهمته النيابية كالخطب والآراء والأقوال التى يبديها فى الجلسة أو فى اللجان أو فى التقارير التى يقدمها فى البرلمان •

وبمعنى آخر، يمكن القول أن الاعمال البرلمانية هى كل التصرفات التى تصدر من البرلمان فى غير صورة القانون ، أى أنها كل ما عدا القوانين مما يصدره البرلمان •

واستنادا الى المعيار الشكلى تأخذ الأعمال البرلمانية حكم الأعمال التشريعية، وبالتالى تخرج من نطاق العمل الادارى ، مثلها فى ذلك مثل القوانين تماما ، ومع ذلك فان القضاء الادارى أخذ فى بعض الحالات الاستثنائية بالمعيار الموضوعى لتحديد طبيعة بعض(الأعمال البرلمانية) ، مما ادى الى اعتبارها أعمالا ادارية ، تدخل بهذه الصفة فى نطاق اختصاص القضاء الادارى بالرقابة على مشروعية أعمال الادارة وأهم هذه الحالات القرارات الفردية الصادرة بشأن موظفى البرلمان ، كما أنه بصدد اختصاص البرلمان بالفصل فى صحة

نيابة اعضائه، قضى بأن عمله فى هذا الشأن قضائى صرف.[(١)]

وعليه يمكننا تقسيم الاعمال البرلمانية من حيث موضوعها الى أعمال ادارية مثل الأعمال المتصلة بشئون الموظفين أو العقود الخاصة بالمجلس كسلطة عامة، وأعمال قضائية مثل القرارات المتصلة بصحة العضوية طبقا لمادة ٩٣ من الدستور، واسقاطها وفقا للمادة ٩٦ منه، وقرار اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية استناد الى المادة ٨٥ من الدستور، علاوة على بعض الاعمال التى يمكن تصنيفها بأنها من أعمال السيادة لاتصالها بوظيفة الحكم مثل ترشيح رئيس الجمهورية طبقا للمادة ٧٦ من الدستور، وكافة الأعمال الصادرة عن المجلس بصدد اختصاصه بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية طبقا للمادة ٨٦ من الدستور، مثل توجيه الاسئلة والاستجوابات، وقرارات سحب الثقة من الوزراء أو تقرير مسئولية رئيس الوزراء، وأخيرا هناك من الاعمال البرلمانية ما يعد من تدابير التنظيم الداخلى للعمل فى المجلس لضمان حسن سيره.

المطلب الثانى
الاعمال القضائيــة

تخرج الأعمال القضائية كأصل عام من دائرة العمل الادارى، فالاحكام وباقى مظاهر النشاط القضائى بصفة عامة، والتى تمارسها السلطة القضائية ليست اعمالا ادارية حتى ولو كانت كذلك وفقا للمعيار الموضوعى.

غير أن هناك بعض الأعمال التى تصدر من سلطات غير قضائية، ومع ذلك تعد اعمالا قضائية، مما ينبغى معه أن نعرض لمظاهر النشاط القضائى

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ١٩٤٨/١٢/١ قضية ٢٠٠ لسنة ١ ق، المجموعة السنة ٣ ص ١٠٦.

عموما وتحديدهـا بقدر من التفصيل لتوضيح مدى اختصاص القضـاء الادارى بالرقابة عليها ٠

١ ـ الأحكام القضائية واجراءات تنفيذها :

الأحكام هى التى تصدر من مختلف أنواع المحاكم سواء كانت تابعة للقضاء العادى أم تابعة للقضاء الادارى ، وتعتبر كذلك أيضا الأحكام الصادرة من القضاء الاستثنائى أوالمحاكم الخاصة، كالأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية ومحاكم أمن الدولة والمحكمة الدستورية العليا ومحاكم القيم، وهذا ما قررته محكمة القضاء الادارى فى مصر (١٣) ، دون أن يؤثر على ذلك أن بعض هذه الأحكام لا تكون نافذة الابعد التصديق عليها من جانب سلطة ادارية، فقد اعتبرت المحكمة أن عملية التصديق على أحكام هذه المحاكم تعتبر من الاجراءات المكملة لعملية تنفيذها ، فهى بهذا الوصف(تعتبر ملحقة بهذا العمل القضائى وتلحقها ماله من حصانة) ،وبالتالى فان قرار التصديق الذى يصدره الوزير فى هذا الخصوص (يكون قرارا قضائيا لأنه صدر بالتصديق على أعمال قضائية) ٠

ويلحق بالأحكام القضائية اجراءات تنفيذ الاحكام ،ومثالها القرارات الصادرة من المرافق الخاصة بالسجون ،والقرارات المتعلقة بالغرامات والمصادرة

---

(١٣) انظر بشأن المحاكم العسكريه، حكمها فى القضية ٧ لسنة ١ ق ، المجموعة السنة ١ ص ١٨٢ ، وفى خصوص الأحكام الصادرة من المجالس المالية ، حكمها فى القضية ٤٤٩٥ لسنة ٨ ق ، المجموعة السنة ١٠ ص ٢٥٤ ، وفى خصوص أحكام الهيئة القضائية فى شبه جزيرة سيناء والصحراوات الغربية والشرقية الجنوبية، حكمها فى القضية ١١١١٥ لسنة ٨ ق ، المجموعة السنة ١٠ ص ٣١١٠

والقرارات المتصلة بتحديد الاماكن التى تمنع الاقامة فيها ، وقرارات رئيس الدولة الخاصة بمنح أو رفض العفو عن عقوبة أو تخفيفها .

على أنه يلزم ملاحظة أن للمحاكم — الى جانب اختصاصها القضائى — اختصاص ادارى يتمثل فى اصدار بعض القرارات أو الاوامر التى لها الطبيعة الادارية ، وهى الأعمال التى يطلق عليها اصطلاح (الاعمال الولائية للقاضى) ومثالها الأوامر على العرائض .

وتأسيسا على ذلك أخضعت محكمة القضاء الادارى فى مصر ، الأوامر على عرائض التى يصدرها قاضى الأمور الوقتية ، للرقابة على مشروعيتها ، باعتبارها قرارات ادارية تدخل فى سلطة القاضى الولائية لا القضائية ، وذلك وفقا لنصوص قانون المرافعات فى المواد ٣٦٩ و ٣٧٣ ، حيث يتضح منها أن هذه الأوامر تصدر بالرغم من عدم قيام خصومة قضائية ، أما اذا رفع تظلم فى الأمر على عريضة الى المحكمة المختصة ، فان المسألة تتحول الى خصومة بين طرفين ويفصل فيها بحكم قضائى .

٢ — الأعمال المتعلقة بسير الدعوى قبل صدور الحكم فيها :

ويقصد بها جميع الاجراءات القضائية التى تسبق صدور الحكم ، فهذه الاجراءات ولو صدرت من هيئة لها الصفة التنفيذية ، فانها تعد أعمالا قضائية ولا تدخل فى عداد الأعمال الادارية الخاضعة للرقابة ى مشرو . ثيال هذه الاجراءات ما يلى :

— أعمال النيابة العامة :

تعتبر أعمال النيابة العامة — ويلحق بها أعمال قاضى التحقيق وغرفة الاتهام — أعمالا قضائية ، وذلك اذا تعلقت بمباشرة الدعوى العمومية ، مثل القبض والتفتيش والمصادرة والحبس الاحتياطى وأوامر الحفظ وأوامر الاحالة الى المحاكمة ، وسواء تمت هذه الاجراءات أمام المحاكم الطبيعية أو أمام

المحاكم الاستثنائيـــــــــــــــــــــــة. (١٤)، ولكن بشرط أن تصــدر من النيابة العامة بمقتضى سلطتها القضائية التيخولها لها القانون ،فالنيابـــة العامة بصفتها الامينة على الدعوى العمومية تعد فى هذه الحالة، شعبة مـــن شعب السلطة القضائية خول الشارع اعضاءها ، من بين ماخوله لهم، سلطة التحقيق والاتهام ومباشرة الدعوى العمومية، والتحقيق الذى يباشرونه انمـــا يجرونه بمقتضى وظائفهم، وهو عمل قضائى. (١٥)

ولذلك فاذا صدر القرار فى الاصل من جهة ادارية، بحيث اقتصــرت مهمة النيابة العامة على مجرد تنفيذ قرار الادارة، فان عمل النيابة العامة فـــى هذه الحالة لا يعد عملا قضائيا (١٦).

ـ أعمال رجال الضبط القضائى :

تعتبر الاعمال الصادرة من مأمورى الضبطية القضائية فى نطـــــاق الاختصاص القضائى الذى يخوله لهم القانون بصفتهم من رجال هذه الضبطية ، اعمالا قضائية، فلا يختص القضاء الادارى بالرقابة على مشروعيتها ، وهـــذا ما قرره القضاء الادارى المصرى فى أحكام عديدة بصدد بعض الاعمال مثل ضبط نسخ احدى الصحف (١٧) وضبط الاشياء والبضائع المهربة (١٨)، وذلـــك

---

(١٤) حكم محكمة القضاء الادارى فى١٥ /٢ /١٩٥٥ القضية ٨٥١ لسنة ٧ ق المجموعة السنة ٩ ،ص ٣٠٢.

(١٥) راجع أحكام محكمة النقض التى أشار اليها الدكتور احمد فتحى ســرور فى مقالته "المركز القانونى للنيابة العامة" ـ مجلة القضاء يوليـــو ١٩٦٨ ، ص ١٢٧.

(١٦) حكم محكمة القضاء الادارى فىالقضية ٢٧٦ لسنة ١٣ق ،المجموعـــة السنة ١٤ ص ٣١٢.

(١٧) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية ٧٣ لسنة ١ق ، المجموعـــة السنة ١، ص ٢٦٤ ، وحكمها فى القضية ٢٥٤ لسنة ٦ق ،المجموعـــة السنة ٨ ص ٨٣٨.

(١٨) حكم محكمة القضاء الادارى فىالقضية٨٢ لسنة١ ق ،المجـــموعة السنة ١ ص ٣٠١.

على أساس أن هذه الأعمال انما تصدر عن رجال الضبط القضائى لحساب النيابة العمومية وتحت ادارتها نظرا لانها تتصل بكشف الجرائم وجمع الاستدلالات الموصلة للتحقيق فى الدعوى ٠

أما الأعمال التى تصدر عن رجال الضبط القضائى ولكن بصفتهم من رجال الضبط الادارى فى نفس الوقت، كالأوامر والقرارات الصادرة من رجال الشرطة والمتعلقة بحفظ الامن العام والنظام، ومنع وقوع الجرائم وحماية الأرواح والأموال وتنفيذ ما تفرضه القوانين واللوائح من تكاليف ، فانها تعتبر أعمالا ادارية وليست قضائية ما دامت أنها قد صدرت بصدد مزاولة الوظيفة الادارية، وتخضع بالتالى لاختصاص القضاء الادارى بالرقابة على مشروعيتها ، وهو ما استقر عليه مجلس الدولة فى مصر (١٩) ٠

ــ القرارات والاعمال التحضيرية للأحكام :

وذلك كالقرارات الصادرة فى طلبات الاعفاء من الرسوم القضائية ، او رفض منح المساعدة القضائية، واحالة الدعوى للتحقيق ، والقرارات الخاصة بتعيين الخبراء وقرارات تحويل الشكوى من جهة الى أخرى ، فجميع هذه القرارات تعتبر اعمالا مرتبطة بالأحكام التى صدرها الهيئات القضائية، فتأخذ حكمها وتعتبر بالتالى اعمالا قضائية ٠

٣ ــ الأعمال الخاصة بتنظيم القضاء :

تصدر الأعمال الخاصة بتنظيم القضاء عن السلطة . تنفيذية عام ، مثل قرارات انشاء وتنظيم والغاء المحاكم أو وقف نشاطها وكذلك القرارات الخاصة بتعيين وترقية وتأديب وفصل رجال القضاء٠

---

(١٩) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية ٤٦٩ لسنة ٥ ق ، المجموعة السنة ١٠ ص ٦٠ ، وحكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٥٨/٣/٢٩ المجموعة السنة ٣ ص ٩٨٩ ٠

وتخضع قرارات انشاء المحاكم وتنظيمها لرقابة القضاء الادارى علـــى مشروعيتها فى فرنسا باعتبارها أعمالا ادارية، أما اجراءات تنظيم العمل الداخلى المرفق القضاء، كتوزيع العمل بين القضاه وتوزيعهم على مختلف الدوائر القضائية فانها تعتبر من الاجراءات الداخلية التى لا تخضع للرقابة على مشروعيتها ، أمـا فى مصر فليس للقضاء الادارى اختصاص بنظر الطعون ضد مثل هذه الأعمال (٢٠)

وبالنسبة للقرارات المتعلقة بشئون القضاه الوظيفية كقرارات تعيينهـم وترقيتهم وفصلهم، فانها تدخل فى اختصاص القضاء الادارى فى فرنسا للرقابـــة على مشروعيتها باعتبارها قرارات ادارية تتعلق بموظفين عموميين ، ولكنها فـــى مصر تدخل فى اختصاص محكمة النقض •

ومع ذلك فان قرارات واجراءات تأديب القضاة الصادرة عن سلطـــات قضائية بصفتها القضائية ، لا تدخل فى اختصاص القضاء الادارى بالرقابـــة على مشروعيتها •

٤ ـــ قرارات الهيئات الادارية ذات الاختصاص القضائى :

تعتبر القرارات النهائية الصادرة من جهات ادارية لها اختصاص قضائى، مثل لجان الجمارك أو لجان تقدير الضرائب، ولجان التوفيق والتحكيم فـــى منازعات العمل ، قرارات ادارية وذلك وفقا للمعيار الشكلى بالرغم مما لها مـــن طبيعة قضائية وفقا للمعيار الموضوعى ، ولذلك فانها تدخل بصفة عامة ضمـــن اختصاصات القضاء الادارى بالرقابة على مشروعية الاعمال الادارية، وعليه قـــرر المشرع من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالى ـــ وهو ما سبـــق

---

(٢٠) الدكتور ماجد الحلو ، القضاء الادارى، ١٩٧٧، ص ٢٤٢٠

وأن قرره فى القوانين السابقة ـ أيضا ـ اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى ٠٠٠ (٨) الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات ادارية لها اختصاص قضائى ٠

ويستثنى من تلك بعض القرارات التى حول المشرع سلطة فحص الطعون ضدها لجهات أخرى خلاف القضاء الادارى وذلك مثل القرارات الصادرة من لجان قبول المحامين أمام المحاكم الوطنية، وبالتالى قيدهم أو عدم قيدهم بالجدول العام، حيث يختص بنظر الطعون فى هذه القرارات محكمة النقض (الدائرة الجنائية) وذلك وفقا لقانون المحاماة٠

كما تستثنى أيضا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم فى منازعات العمل ، حيث أضفى عليها المشرع قوة الأحكام النهائية وحجيتها ، وذلك نظرا لدخول القضاه فى تشكيل تلك الهيئات ولصدورها فى منازعات تتعلق بالعمال ٠

٥ ـ قرارات الهيئات ذات الاختصاص القضائى :

ويقصد بها القرارات التى تصدر عن هيئات ليست ادارية، كما أنها أيضا ليست قضائية من الناحية العضوية ، ومع ذلك خولها المشرع بعض الاختصاصات القضائية، ومثال ذلك ما سبق وأشرنا اليه من اختصاص مجلس الشعب بالفصل فى صحة عضويته واسقاطها واتهام رئيس الجمهورية، وهى أعمال ذات طابع قضائى (٢١) ، كما أن من أمثلة هذه الهيئات اللجان القضائية للاصلاح الزراعى المنصوص عليها فى القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، ولجان الفصل فى المنازعات الزراعية، والمجالس الملية، فكل مايصدر عنها من قرارات تعد من الاعمال القضائية٠

---

(٢١) راجع فى هذا الموضوع بحثنا "دور القضاء فى تكوين مجلس الشعب والرقابة على صحة عضويته" ـ مجلة الحقوق ـ العددان ٣ ، ٤ ١٩٩٠ ـ ١ ، ٢ ١٩٩١ ، وحكم محكمة النقض فى ١٩٨٣/٢/٢٧ فى الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٦ ق ، المجموعة السنة ٣٤ رقم ١٢٤ ص ٥٦١٠

المطلب الثالث
أعمال الحكومـــــــــة

أوضحنا فيما سبق أنه يلزم في العمل الاداري أن يكون تعبيرا عـن سلطة ادارية، أي أن يتصل العمل بالوظيفة الادارية للسلطة التنفيذيـــــة، فالمعلوم أن السلطة التنفيذية لا تتولى الوظيفة الادارية فحسب، وهـــــى الوظيفة التي تتصل بتنفيذ القوانين وحماية النظام العام واشباع الحاجـــات العامة، وانما تمارس كذلك وظيفة أخرى هي الوظيفة الحكومية والتي ترتبط اما.. بعلاقة السلطة التنفيذية بغيرها من السلطات العامة كالسلطة التشريعيـــــة باعتبارها جميعا ــ أي السلطات العامة ــ سلطات متوازنة وتقف على قـــدم المساواة، بحيث لا تستطيع أن تفرض احداها ارادتها المنفردة على الأخرى، الا اذا نص الدستور على خلاف ذلك وفي حدود ما ينص عليه، واما بعلاقة السلطـة التنفيذية بالخارج عموما أي بالدول الأخرى والمنظمات الدولية، سواء في وقـت السلم أو الحرب ، حيث تظهر السلطة التنفيذية في هذه العلاقات بوصفهـا السلطة التي تمثل الدولة بشعبها وسلطاتها ككل ، وليس بوصفها سلطة تنفيذية فحسب، وهذه العلاقات بدورها تتسم بالمساواة بين أطرافها الدولية وذلك وفقا لقواعد القانون الدولي العام، ومن ثم تنتفي بشأنها خصائص ومقومات العمـــل الاداري وخاصة تلك المتصلة بالعلاقة غير المتوازنة والتي تتسم بعـــدم المساواة بين جهة الادارة مصدرة القرار الاداري ومن يخاطبهم هذا القـــرار ..ذمه ، وعليه تخرج الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بصـ.. ممارستها للوظيفة الحكومية من نطاق الأعمال الادارية، اذ تعد في هذه الحالة مـن اعمال الحكومة، أو كما يطلق عليها تجاوزا "أعمال السيادة".

ويتجه جانب من الفقه الى ادخال النشاط غير الاداري للسلطـــة التنفيذية، بالاضافة الى بعض الأعمال التي تعد اعمالا ادارية دون خــــلاف،

في طائفة خاصة من الأعمال يطلق عليها أعمال الحكومة أو أعمال السيادة (٢٢) .

وعلاوة على القول بوجود نظرية لأعمال السيادة ، فانهم يعتبرون أن هذه الأعمال تعتبر خروجا على مبدأ المشروعية أو قيدا عليه أو استثناء منه ، استنادا الى عدم اختصاص أى من جهتي القضاء بالفصل في المنازعات المتعلقة بها ، وبالتالي عدم خضوع هذه الأعمال لرقابة القضائية على مشروعية أعمال الادارة " مهما كانت درجة عدم مشروعيتها أو الاثار الضارة المترتبة عليها " بالرغم من أنها في تقديرهم أعمالا لها الطبيعة الادارية . (٢٣)

وتبعا لذلك فانه عندما تصدر السلطة التنفيذية عملا متصفا بأنه من أعمال السيادة فانها تكون متحررة كلية من الالتزام بقواعد المشروعية (٢٤)

---

(٢٢) يطلق على هذه الأعمال في فرنسا اصطلاح " أعمال الحكومة Actes de Gouvernement ويطلق عليها في انجلترا اصطلاح " اعمال الدولة Acts of state " والشائع في مصر اصطلاح " أعمال السيادة " ، وهو الاصطلاح الذى يستخدمه المشرع ، مثل نص المادة ١١ من قانون مجلس الدولة الحالي ، وكذلك القضاء في أحكامه .

(٢٣) الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى : القضاء الادارى ـ الكتاب الأول ـ قضاء الالغاء ـ ١٩٨٦ ، ص ٣٧٩ .
الاستاذ الدكتور محمد كامل ليلة : الرقابة على أعمال الادارة ـ الرقابة القضائية ـ الكتاب الثاني ـ ١٩٦٧ / ١٩٦٨ ، طبعة ١٩٧٠ بيروت ، ص ٩١ وص ٦٦٣ .

(٢٤) الدكتور محمد مصطفى حسن : السلطة التقديرية في القرارات الادارية ١٩٧٤ ، ص ٨٥ .

غير أننا نرى أن هذه الأعمال ليست استثناء حقيقيا على مبـــــدأ خضوع الأعمال الادارية للرقابة القضائية على مشروعيتها ، لسبب بسيط هــو أن غالبية هذه الاعمال التى يدخلها الفقه ضمن أعمال الحكومة ليست من الأعمـــال الادارية من حيث الموضوع ، بالرغم من صدورها عن السلطة التنفيذية أو الادارية وهى سلطة واحدة من الناحية العضوية او الشكلية ، ومن ثم فان الأخـــــذ بالمعيار الموضوعى فى تحديد الاعمال الادارية يؤدى الى خروج هذه الاعمـــال من نطاق الاعمال الادارية ، وقد سبق أن أوضحنا ان العمل الادارى ــ فـــى تقديرنا ــ هو العمل الصادر عن سلطة ادارية بصدد وظيفة ادارية ، وعليـــه فان أعمال الحكومة أو معظمها لا تعد اعمالا ادارية لانها لاتتعلق بوظيفـــة ادارية ، اذ أنها لا تدخل فى مفهوم تنفيذ القوانين أو أعمال الضبـــط الادارى أو الأعمال المتعلقة بانشاء وتنظيم المرافق العامة .

واذا كان بعض الفقهاء يدخلون بعض الاعمال المتعلقة بوظيفـــة ادارية مثل الضبط الادارى فى عداد أعمال الحكومة ، فان ذلك يعتبر فهمـــا خاطئا للمدلول الحقيقى لأعمال الحكومة باعتبارها تمثل فحسب النشاط غيـــر الادارى للسلطة التنفيذية . وهنا تكمن المشكلة أو الازمة الحقيقية لأعمـــال الحكومة ، فمن الجلى لدينا أن كل هذا الجدل الفقهى الواسع النطاق ــ سواء فى مصر أم فى فرنسا ــ حول تحديد هذه الأعمال وطبيعتها ، يعود الـــى الفهم غير الصحيح لأعمال الحكومة ، ومن ثم الخلط بينها وبين العمـــل الادارى ، وبالتالى اقحام بعض الأعمال الادارية ضمن أعمال الحكومة ، مما يؤدى الـــى خروجها عن دائرة رقابة الغاء الاعمال الادارية بغير سند مشروع .

ولتحديد المدلول الحقيقى لأعمال الحكومة يتجه الفقه الحديث فـــى فرنسا (٢٥) ، الى ربط الادارة بفكرة السلطة التنفيذية ، فهذه السلطة هى

---

(٢٥) VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E., 1954, P.40.

P.-H. CHALVIDAN, Doctrine et acte de gouvernement, A.J.D.A. 1982, P.4.

التى تختص بممارسة الوظيفة الادارية اما عن طريق الضبط الادارى أوالمرافق العامة • وتبعا لذلك لايمكن تعريف الادارة (والعمل الادارى) الا بحكم اتصالها بالسلطة التنفيذية وكونها تنبع منها ، مما يوءدى الى استبعاد كل ما لا يتصل بالسلطة التنفيذية عضويا أو شكليا من مجال الادارة والعمل الادارى ،وعليه يخرج كل نشاط للسلطتين التشريعية والقضائية عن مدلول الادارة •

أما فى داخل السلطة التنفيذية فلا يجوزاعتبار كل نشاط لها نشاطا اداريا ، فالصفة الادارية لا تلحق من أعمال السلطة التنفيذية الا ما تعلق منها بتنفيذ القوانين ، علاوة على ما يضيفه المشرع الدستورى اليها من اختصاصات مرتبطة بتنفيذ القوانين مثل الضبط الادارى وانشاء وتنظيم المرافق العامة، لأن السلطة التنفيذية هى سلطة تنفيذ القوانين ،وبالتالى تخرج من نطاق العمل الادارى علاقة الحكومة بالبرلمان وبالسلطات العامة الأخرى • وعلاقة الحكومة مع الدول الأجنبية أو المنظمات الدولية أى علاقتها مع الخارج عموما

وهكذا فان أعمال الحكومة تخرج من نطاق اختصاص القضاء الادارى استنادا الى أنها لا تتمتع بطبيعة العمل الادارى ، ومن ثم فهى لا تعد من القرارات الادارية• (٢٦)

وتأسيسا على ذلك يمكن القول بأن العمل الادارى لصيق بالسلطة التنفيذية، وبها وحدها ، وبالنشاط الادارى لسلطة ا ·فيذيه دون غيره ، ومن هنا تخرج الأعمال غير المتعلقة بالنشاط الادارى للسلطة التنفيذية من عداد الاعمال الادارية ،ويطلق عليها (أعمال الحكومة) تمييزا لها عن (الاعمال الادارية) للسلطة التنفيذية•

---

(٢٦) LAFERRIERE Traité de la juridic tion administrati[illegible], 2e éd., t.2, P.32.

CHAPUS, L'acte de gouvernement, monstre ou victime, D. 1958, Chr., P.5.

ويبقى بعد ذلك أن التمييز بين الاختصاص الادارى والاختصاص الحكومى للسلطة التنفيذية، هو من الأمور غير الميسرة نظرا لأن أعضاء السلطة التنفيذية قد يباشرون نشاطهم استنادا الى أى منهما .

وفى هذا الصدد فان أقرب المعايير الى المنطق – فى تقديرنا – هو معيار الاعمال المختلطة، وذلك بالنظر الى أطراف العلاقة التى صدر بشأنها العمل أو القرار من السلطة التنفيذية .

وتتلخص هذه النظرية، التى قدمها مفوض الدولة الفرنسى (سيلييه) ، فى أن الذى يميز أعمال الحكومة أنها تصدر عن السلطة التنفيذية بصدد علاقاتها بسلطة أخرى لا تخضع لرقابة القضاء، ومن هنا تعتبر هذه الأعمال مختلطة أى مشتركة بين سلطتين أو على الاقل موجهة من سلطة لأخرى، وتبعا لذلك فان الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بشأن علاقتها بالبرلمان مثل الدعوة الى اجراء الانتخابات أو دعوة المجلس للانعقاد أو قرار وقف جلساته أو حله ، وكذلك الأعمال الصادرة عنها بصدد علاقتها بسلطة أجنبية، كالاعتراف بدولة أو تبادل السفراء أو سحبهم او اعلان الحرب أو عقد الصلح، كل هذه الأعمال تعد أعمالا مختلطة (هى ما يسميها الفقه بأعمال الحكومة) نظرا لمساسها بعلاقات الحكومة بغيرها من السلطات العامة أو الهيئات الأجنبية، ونظرا لأن ولاية القضاء الادارى، وهو قضاء وطنى وليس دولى ، تقتصر على تصرفات السلطة التنفيذية فحسب، بوصفه قاضى السلطة التنفيذية دون غيرها ، فان هذه الأعمال المختلطة تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الادارى لانتفاء صفة العمل الادارى عنها ، ومن ثم لا تصلح أن تكون محلا للطعن ضدها بالالغاء أو التعويض[٢٧] .

وفى الواقع تبدو هذه النظرية أقرب الآراء التى قيلت بصدد تمييز أعمال الحكومة الى الصواب و أكثرها اتفاقا مع الفهم الصحيح لمدلول الأعمال

---

(٢٧) CELIER, Conclusin sous C.E 28.3.1947, Gombert, S. 1947.3.89.

الحكومية وأساسها ، فوفقا لهذا الرأى فان أعمال الحكومة التى يطلق عليها (سيلبيه) الاعمال المختلطة ، ليست اعمالا ادارية بالمعنى الفنى الدقيق ، بوصفها اعمالا مشتركة بين السلطة التنفيذية وسلطات أخرى وطنية أو أجنبية ، وتبعا لذلك تخرج عن اختصاص القضاء استنادا الى القواعد التى تحكم اختصاص الجهات القضائية فى الدولة ، وهو الأساس الحقيقى لأعمال الحكومة .

وقد أيد جانب من الفقه هذا الرأى باعتباره المعيار السليم لتمييز اعمال الحكومة وتبرير عدم خضوعها للرقابة القضائية ، فى حين انتقده جانب آخر بأنه قاصر عن الاحاطة بكل اعمال السيادة المتفق عليها ، حيث يصلح لتفسير أو تبرير عدم خضوع بعض أعمال الحكومة لرقابة القضاء دون البعض الاخر .

غير أننا نستطيع الرد على هذا النقد بأن أعمال الحكومة الحقيقية ليست سوى هذه الأعمال المختلطة فى تقدير (سيلبيه) أى تلك المتصلة بعلاقة الحكومة بالسلطات والهيئات الاخرى سواء كانت وطنية أم أجنبية ، أما عدا ذلك من أعمال فانها لا تندرج ضمن طائفة أعمال الحكومة فى مدلولها الصحيح واذا كان القضاء لا يختص بنظر بعض هذه الاعمال الاخرى ، فالغالب أن أساس عدم اختصاصه انما يرجع الى انتفاء صفة العمل الادارى عنها رغم صدورها عن السلطة التنفيذية دون أن يلحقها صفة أعمال الحكومة ، ومثال ذلك قرارات العفو التى يصدرها رئيس السلطة التنفيذية التى يعتبرها القضاء الآن من الاعمال القضائية (٢٨) بعد أن كانت تدخل فى عداد الأعمال الحكومية (٢٩) .

والخلاصة أن الأساس الحقيقى لعدم اختصاص القضاء بالنظر فى أعمال الحكومة هو قواعد الاختصاص القضائى ذاتها ، وتبعا لذلك فان حقيقة أعمال الحكومة لا تمت بصلة الى المعنى الذى حاول بعض الفقهاء اظهاره ، أى

---

(٢٨) C.E. 28 Mars 1947, Gombert, L. 138.

(٢٩) C.E. 30 Juin 1893, Gogel, S. 1895, 3. 41.

بكونها قيد او استثناء على مبدأ المشروعية أو على قاعدة خضوع أعمال الادارة لرقابة القضاء ، اذ أنه لا يصح الاعتراف بوجود مثل هذا الاستثناء، ومن ثم فـــان الحديث عن اعمال الحكومة بهذه الصورة هو حديث عن شئ معدوم (٣٠)

وتقتصر أعمال الحكومة على تلك الأعمال الناشئة عن علاقة السلطـــة التنفيذية بالسلطات الأخرى داخل الدولة ، أو عن علاقتها بالسلطات الاجنبية والهيئات الدولية والدول الاخرى ، وهى أعمال لا تخضع لرقابة القضـــاء لا لكونها من أعمال السيادة كطائفة من الأعمال التى تتميز بطبيعة خاصة تحصنها من رقابة القضاء ، وانما لخروج هذه الاعمال من نطاق اختصاص القضاء بجهتيـــه وذلك وفقا لقواعد الاختصاص العادية . (٣١)

وقد أكد المشرع فى مصر ذلك الأمر عندما نص صراحة فى المادة الحادية عشرة من قانون مجلس الدولة الحالى على أنه" لا تختص محاكم لمجلس الدولـــة بالنظر فى الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة" ، وأورد حكم مماثل لذلك فـــى المادة السابعة عشرة من قانون السلطة القضائية الحالى .

ومن ناحية اخرى فان عدم اختصاص القضاء بالرقابة على أعمال الحكومة لا يمنع من اختصاص البرلمان بفحص هذه الأعمال سواء من حيث مشرو عيتهـــا أو من حيث ملاءمتها ، بل وليس هناك ما يمنع من اختصاص القضاء فى بعـــض الحالات بنظر دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن أعمال الحكومة.

---

(٣٠) VIRALLY, L'introuvable "acte de gouvernement", R.D.P. 1952, P.317.

(٣١) CHAPUS, Droit administratif, op.cit., 1988. P.597.

PUISOYE, Pour une conception plus restrictive de l'acte de gouvernment, A.J.D.A. 1965, P.211.

ومما لا جدال فيه أن المشرع يحاول جاهدا عندما يتولى تنظيم أحد الاختصاصات الادارية أن يوازن بين ضرورة السماح للادارة بجانب من الحرية فى التقدير دون أية قيود قانونية وبين حماية حقوق الأفراد وحرياتهم ، بهدف تحقيق الصالح العام فى النهاية ، فاذا قدر المشرع بصدد مسألة ما أن يترك للادارة حرية تقديرها ، فهنا لا يتصور احتمال الطعن بعدم مشروعية التصرف المبنى على تقدير الادارة ، كما لا يتصور احتمال الدفع بكونه من أعمال السيادة ، لوضوح مشروعيته وانتفاء احتمال الغائه من جانب القضاء أو تقرير المسئولية عنه .

أما اذا قدر المشرع انه يتعين بصدد هذا الحكم تقييد الادارة على نحو ما تحقيقا للصالح العام ، فانه لايجوز للادارة مخالفة القواعد التى قررها المشرع فى هذا الشأن والا كان عملها غير مشروع ، وتبعا لذلك لا يجوز للادارة ولا للقضاء محاولة تحصين هذا العمل عن طريق الادعاء بأنه من أعمال السيادة .

فاذا ما احتج البعض بأن سلامة الدولة فوق القانون ، وأنه يجب تقرير أعمال السيادة حتى لا تحجم السلطة التنفيذية عن اتخاذ اجراءات معينة تستلزمها مصلحة الدولة خوفا من المسئولية فيما لو تقررت رقابة القضاء (٣٢) ، فان هذا الاحتجاج يمكن رده بأن فى أعمال نظرية الضرورة الكفاية التامة لتحقيق مصلحة الدولة والصالح العام بضمان سلامة الدولة دون حاجة للاطاحة بالقانون ، فالهدف الاساسى — فى تقديرنا — من تقرير نظرية أعمال السيادة

---

(٣٢) الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى : القضاء الادارى — الكتاب الأول — قضاء الالغاء — ١٩٨٦ ، ص ٤١٦ ، ويؤيده فى ذلك الدكتور فؤاد عبد الباسط : نشاط الادارة ووسائلها ، ١٩٨٥ ، ص٢١٦ .

هو تحصين بعض أعمال الادارة المخالفة للقانون من رقابةالقضاء على مشروعيتها ، فاذا كانت الادارة تستطيع وفقا لنظرية الضرورة أن تصدر أعمالا مخالفة للقانون دون أن يؤثر ذلك على مشروعيتها نظرا لتمتع هذه الأعمال بقوة القانون ، فلماذا اذن اضفاء صفة أعمال السيادة على بعض تدابير الضرورة على الرغم من تمتعها بصفتها كأعمال ضرورة أي بالاضافة الى صفتها كأعمال ضرورة، [illegible] ذلك [illegible] نادرة ايضا على مخالفة الدستور؟ اعتقد أن معظم انصار نظرية أعمال السيادة يعترفون بوجوب خضوع هذه الأعمال للقواعد الدستورية ، ومن هنا نتساءل عن فائدة اضفاء صفة أعمال السيادة على أعمال الضرورة ، كاستثناء اضافي على مبدأ المشروعية. واذا كان أنصار هذه النظرية متفقون على أن تحديد هذه الأعمال انما يرجع الى القائمة القضائية لها (٣٣) ، وهذا يعني أنها من وضع أو على الأقل موافقة القاضي، فهل للقاضي حقيقة أن يخالف أو يشارك في مخالفة الدستور ، وهو الملاذ الأول والحقيقي في الدفاع عن الدستور (٣٤) .

---

(٣٣) وهذا الأمر في حد ذاته منتقد . لان من الغريب تعريف أعمال السيادة عن طريق تحديد نطاقها ، في حين أن هذا التحديد لاينتج الا من طبيعتها الذاتية.

PUISOYE, Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernment, A.J.D.A., 1965, P.221.

(٣٤) ومن المؤسف حقا ، أن المحكمة العليا في مصر كانت قد اعتنقت بدورها نظرية أعمال السيادة، رغم أنه لم يرد في قانونها نص مماثل لما ورد في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة من عدم اختصاصهما بالنظر في أعمال السيادة ، وذلك على أساس أن اعتبارات اخراجها من اختصاص القضاء الاداري والقضاء العادي تلحق بها ،ويعني ذلك في رأينا أن المحكمة توافق على امكانية مخالفة الادارة لنصوص الدستور عن طريق "اعمال السيادة" فهل تملك المحكمة العليا ذلك؟ انظر حكمها في ١٩٧٦/٧/٣ القضية ٥ لسنة ٥ ق دستورية ـ مجلة العلوم الادارية السنة ١٩ ـ ١٩٧٧ عدد ١ ص ١٥٦ .

ان القاضى الادارى على الاخص، يقع على عاتقه حماية المشروعية فى الدولة خاصة ضد تعسف الادارة، واننا لنؤمن بأن القضاء الادارى هو الملاذ الحقيقى الوحيد للافراد وهو الحصن المنيع لحرياتهم وحقوقهم (٣٥) ضد انحرافات السلطة التنفيذية فى قراراتها الادارية سيما فى ظل الظروف الاستثنائية وذلك بالمشاركة مع القضاء العادى، فاذا تبين للقاضى أن طبيعة العمل الذى يفحصه، انه عمل ادارى وجب عليه أن يقبل الدعوى الموجهه ضده على الفور اذا توافرت الشروط الأخرى لذلك، ويخضعه لرقابته الكاملة دون التفات لدفع الحكومات بأن هذا العمل أو غيره من أعمال السيادة، حيث لاسيادة الا للشعب (م ٣ من دستورى مصر وفرنسا) .

موقف القضاء الادارى من أعمال السيادة (أعمال الحكومة) :

نزولا على ما تعاقبت عليه نصوص قوانين تنظيم مجلس الدولة - والجهات القضائية عموما - من منع المحاكم صراحة من التعرض لأعمال السيادة، بوصفها تخرج عن اختصاص تلك الجهات القضائية ، حرص القضاء الادارى فى مصر على وضع الحدود اللازمة لهذه الاعمال فاستقر على المبادىء التالية (٣٦) :

١ - ان أعمال السيادة هى تلك الأعمال أو الاجراءات العليا التى تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة ادارة .

٢ - ان معيار التفرقة بين الأعمال الادارية التى تباشرها الحكومة فى حدود وظيفتها الادارية وبين أعمال السيادة التى تباشرها باعتبارها سلطة ... الى القضاء الذى ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانونى

---

(٣٥) ROBERT, Le juge administratif et la liberté individuelle, M. Waline, op.cit., P.719.

(٣٦) راجع أحكام محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥١/٦/٢٦ قضية ٥٨٧ لسنة ٥ ق ، المجموعة السنة ٥ ص ١٠٩٩ - والمحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٦/١٢/١٠ قضية ٨٠٧ لسنة ١٠ ق، المجموعة السنة ١٢ ص ٣٦٥ ، وفى ١٩٩٢/٥/٣ قضية ٤٣٥٨ لسنة ٣٧ ق (لم ينشر بعد) .

العمل المطروح عليه وما اذا كان يعد عملا اداريا عاديا يختص بنظره أو عمـــلا من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه، والضابط فى ذلك معيار موضوعى يرجع فيه الى طبيعة الاعمال فى ذاتها ، لا الى ما يحيط بها من ملابســـــات خارجية. (٣٧)

٣ ــ ان ما يعتبر فى بعض الظروف عملا اداريا قد يرقى فى ظـروف اخرى الى مرتبة أعمال السيادة لا رتباطه فى ظل الظروف الجديدة بسياســـة الدولة العليا أو باحوالها المتطورة، كما أن ما يعتبر عملا من أعمال السيادة قد يهبط فى ظروف أخرى الى مستوى الاعمال الادارية .

٤ ــ تباشر الحكومة أعمال السيادة لتنظيم علاقتها بالسلطات العامة الاخرى داخلية كانت أو خارجية ، أو تتخذها اضطرارا للمحافظة على كيـــان الدولة فى الداخل او للذود عن سيادتها فى الخارج. ومن ثم يغلب فيهـــــا أن تكون تدابير تتخذ فى النطاق الداخلى اوالنطاق الخارجى ، اما لتنظيـــم علاقات الحكومة بالسلطات العامة الداخلية أو الخارجية فى حالتى الهــــدوء والسلام، واما لدفع الاذى والشر عن الدولة فى الداخل والخارج فى حالتـــى الاضطراب والحرب.

٥ ــ من تطبيقات اعمال السيادة الاعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلسى البرلمان ،أو المنظمة للعلاقات السياسية بالدول الاجنبية، والتدابير التى تتخذ للدفاع عن الامن العام من اضطراب داخلى أو لتأمين سلامـــة

---

(٣٧) راجع أحكام محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥١/٦/٢٦ قضية ٥٨٧ لسنة ٥ ق ، المجموعة السنة ٥ ص ١٠٩٩ـ والمحكمة الاداريـة العليا فى١٩٦٦/١٢/١٠ قضية٨٠٧ لسنة ١٠ق ، المجموعـــة السنة١٢ ص ٣٦٥ . ومن الأحكام الحديثة فى هذا الصـــــدد حكم محكمه القضاء الادارى فى ١٩٨٧/٣/٣ قضية ٤٠١٦ لسنة ٤٠ ق ، وفيه قضت بأن التصرف الصادر عن الحكومة المصريــة =

الدولة من عدو خارجي وذلك كاعلان الاحكام العرفية (حالة الطوارى) (٣٨) أو اعلان الحرب أوالمسائل الخاصة بالاعمال الحربية٠

٦ ـ واستنادا الى ما تقدم رفض القضاء الادارى الاعتراف بطبيعة اعمال السيادة لتدابير الضبط الادارى التى تصدر عن الادارة فى الظروف العادية٠ وكذلك التدابير التى تصدرها سلطة الطوارىء أو الأحكام العرفية

= بمنح الرئيس السودانى السابق جعفر محمد نميرى حق اللجوء السياسى يعتبر بطبيعته من أعمال السيادة، كذلك حكمها فى ١٩٨٥/١٢/١٧ قضية٦٧٤١ لسنة ٣٩ ق ، باعتبار قرار رئيس الجمهورية بتشكيل الوزارة من أعمال السيادة، وهو الحكم الذى أيدته المحكمة الادارية العليا فى ١٩٨٩/٥/١٥ قضية ٦٥٩ لسنة ٣٢ ق ٠ راجع كذلك حكم محكمة النقض فى ١٨ /١٢/ ١٩٨٦ طعن ٢٤٢٧ لسنة ٥٥ ق (الدائرة المدنية) ،وحكم محكمة جنوب القاهرة فى ١٩٨٨/٣/٢٩ دعوى١٢٠١٢ لسنة ٨٦ ، وفيه رفضت المحكمة الحكم بالتعويض عن الاضرار الناجمة عن تصدى الحكومة المصرية للارهابيين مختطفى طائرة مصر للطيران أثناء رحلتها من أثينا الى القاهرة وتوقفها فى مطار مالطة واحتجاز ركابها كرهائن ، باعتبار أن هذا الامر أو القرار هو من صميم أعمال السيادة ، وأن تقديرها متروك للسلطة العليا الحاكمة بهدف تحقيق المصلحة العامة ٠

(٣٨) يكاد هذا الاجراء أن يعد القرار الادارى الوحيد الذى يعد من أعمال السيادة وفقا للقضاء الادارى المصرى ، خروجا على المفهوم الصحيح لأعمال الحكومة ـ راجع فى التفاصيل مؤلفنا :الرقابة على اعمال الادارة ـ ١٩٨٢ـ ص ٣٢٦ ومابعدها ،وحكم المحكمة الادارية العليا فى١٩٧٩/١٢/٢٩ قضية٨٣٠ لسنة٢٠ق ، مجموعة ١٥ سنة ص ٣٨٠

فى حالة اعلانها ، باعتبارها جميعا من قبيل الاعمال الادارية التى تخضع لرقابة القضاء أيا كان سندها أو مصدرها .

٧ ـ تختلف نظرية أعمال السيادة عن نظرية أعمال الضرورة ، فلكل من النظريتين نطاقها وأركانها التى تختلف عن نطاق وأركان النظرية الأخرى .

٨ ـ تطبيقا لذلك فان التدابير التى تصدر استنادا الى المادة ٧٤ من الدستور الحالى فى مصر ، ينبغى أن تبحث على حدة لتحديد طبيعة كل منها " وما اذا كان القرار المطعون فيه يعد عملا من أعمال السيادة فيخرج عن اختصاص المحكمة النظر فى الطعن فيه أو أنه مجرد قرار ادارى مما يدخل النظر فى الطعن فيه فى اختصاص هذه المحكمة " . (٣٩)

---

(٣٩) راجع فى تفاصيل الرقابة على قرار الالتجاء الى المادة ٧٤ من الدستور المصرى وعلى الاجراءات والتدابير التى يتم اتخاذها استنادا اليها . وما أبديناه من آراء حول هذه المسائل ومدى استجابة القضاء الادارى فى مصر لها . مؤلفنا : لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية ١٩٨٢ ـ ص ١١٣ : ٢١٤ ـ وكذلك رسالة الدكتوراه للدكتور وجدى ثابت غبريال : السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية للمادة ٧٤ من الدستور المصرى والرقابة القضائية عليها ـ ١٩٨٨ ـ علاوة على حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٩٨١/١٢/٢٢ فى الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ق وهو منشور بالاضافة الى مذكرتى دفاع هيئة قضايا الدولة وتقرير هيئة مفوضى الدولة عن الدعوى رقم ١٨٦ لسنة ٣٦ق فى مؤلف الاستاذ حمدى ياسين عكاشة : القرار الادارى فى قضاء مجلس الدولة ـ ١٩٨٧ ـ ص ١٤١ : ٢٠٥ .

ومن الجدير بالذكر بصدد موقف القضاء بشأن أعمال السيادة أن نشير الى أن المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد اعترفتا بنظرية أعمال السيادة كنظرية، استقرت فى نظامنا القضائى ، وتقوم على أن السلطة التنفيذية تتولى وظيفتين احداهما بوصفها سلطة حكم والاخرى بوصفها سلطة ادارة، وتعتبر الاعمال التى تقوم بها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم من قبيل أعمال السيادة -هى أعمال لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا لدعوى قضائية، أما الأعمال التى تقوم بها بوصفها سلطة ادارة فتعتبر أعمالا ادارية، ومن حيث أن العبرة فى تحديد التكييف القانونى لأى عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما اذا كان من أعمال السيادة أو عملا اداريا هى بطبيعة العمل ذاته، فلا تتقيد المحكمة وهى بصدد اعمال رقابتها بالوصف الذى يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوى على اهدار حق من الحقوق التى كفلها الدستور، والمرد فى ذلك الى السلطة التقديرية للقضاء وحده. (٤٠)

والحقيقة أن عدم خضوع أعمال الحكومة بمفهومها الصحيح لرقابة القضاء يمكن تبريره ـ حسب ما أشار اليه القضاء الدستورى ـ بأن الوظيفة الحكومية يغلب عليها الطابع السياسى ، مما يجعل من الملائم أن تكون الرقابة عليها رقابة سياسية أساسا ، مثل رقابة البرلمان ، أو رقابة السلطة التأسيسية (الشعب) عن طريق الاستفتاء، وان كان يعيب هذه الرقابة غلبة الاعتبارات السياسية لدى هذه الجهات على حساب ضوابط مشروعية أعمال الحكومة.

---

(٤٠) حكمى المحكمة العليا فى ٦/١١/١٩٧١ الدعوى رقم ٢ لسنة ١ ق دستورية ـ المجموعة الجزء الاول ص ٣٠، وفى ٣/٧/١٩٧٦ الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ق دستورية ـ (المجموعة السابقة ص ٤١٤، وحكم المحكمة الدستورية العليا فى ٢١/١/١٩٨٤ الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ق دستورية ـ المجموعة الجزء الثالث ص ٢٢ـ وحكمها فى ٩/١٠/٩٠ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٢ ق ، مع ملاحظة أن المحكمة قد استعانت فى أحكامها الأخيرة بفكرة" الأعمال السياسية" بدلا من "أعمال السيادة" دون اختلاف فى الجوهر أو المضمون.

ومع ذلكفانه يخفف من هذا العيب أن أعمال الحكومة تتمتع بقـــدر واسع من السلطة التقديرية وخاصة فى مجال العلاقات الدولية، اذ تقل حريـة التقدير بصورة واضحة بصدد العلاقات بين السلطات العامة فى الداخل ، وهـو ما يمكن تبينه من خلال دراسة النصوص الدستورية المنظمة لأعمال الحكومـة باعتبار أن المشرع الدستورى هو المختص بتوزيع الاختصاصات على السلطـات العامة وفقا لوظائف الدولة، ومن بينها وظيفة الحكم.

أ- السلطة التقديرية والأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية :

لم يتعرض المشرع الدستورى فى مصر لكافة الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية، اذ لم يشر الدستور بصدد السياسة الخارجية والعلاقات السلمية مـع الدول الأجنبية والمنظمات الدولية، الا فى المادتين ١٤٣ / ٢ وفيها نـص الدستور على اختصاص رئيس الجمهورية باعتماد ممثلى الدول الأجنبية السياسيين ، ولم يقيده فى هذا الاختصاص بأى قيد، و١٥١ والتى خولت رئيس الجمهوريـة الاختصاص بابرام المعاهدات الدولية وابلاغها لمجلس الشعب مشفوعة بما يناسـب من البيان ، ولم يشترط هذا النص موافقة مجلس الشعب على هذه المعاهـدات الا اذا كانت من معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة، أو يترتب عليهـا تعديل فى أراضى الدولة، أو تتعلق بحقوق السيادة ، أو تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة فى الموازنة. (٤١)

---

(٤١) راجع فى هذا الموضوع بالنسبة الى فرنسا :

VIRALLY, Le Conseil d'Etat et les traités, J.C.P. 1953.1.1098.

HEUMANN, Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur l'application des traités diplomatiques, E.D.C.E. 1953, P.71.

F.SABIANI, Pour une théorie de l'autorité diplomatique, A.J.D.A. 1978, P.543.

C.E 13.7.1979, Coparex, L.319, A.J.D.A.1980, P.371. concl. Bacquet.

C.E 14.1.1987, Soc. Delmas-Vieljeux, L.4, A.J.D.A. 1987, P.359.

غير أنه استنادا الى المادة ١٣٨ من الدستور والتى تنص على اختصاص رئيس الجمهورية بالاشتراك مع مجلس الوزراء بوضع السياسة العامة للدولة، والاشراف على تنفيذها ، يتولى رئيس الجمهورية ووزراء الخارجية والشئون الخارجية ممارسة الأعمال المتصلة بالسياسة الخارجية والعلاقات الدولية السلمية بأكبر قدر من السلطة التقديرية، ازاء تخلى الدستور والقوانين من وضع أية قيود فى هذا الشأن •

أما عن العلاقات الدولية غير السلمية مثل اعلان الحرب والقيام بأعمال عسكرية خارج الدولة دون اعلان للحرب، مثل العمليات العسكرية التى قامت بها مصر فى مطار لارنكا بقبرص للامساك بقتلة الشهيد يوسف السباعى الذى تعرض لعملية اغتيال ارهابية هناك ، والعمليات العسكرية التى قامت بها مصر فى مطار مالطة للافراج عن الرهائن المحتجزين فى الطائرة المصرية المخطوفة أثناء رحلتها من أثينا الى القاهرة ، وكذلك الأعمال المتصلة بالحفاظ على حدود الدولة وسيادتها ، فلم يرد بشأنها سوى نص المادة ١٥٠ والتى تقضى باختصاص رئيس الجمهورية باعلان الحرب بعد موافقة مجلس الشعب، مما يعنى أن لرئيس الجمهورية بوصفه القائد الأعلى للقوات المسلحة وفقا للمادة ١٥٠ من الدستور، ورئيسا لمجلس الدفاع الوطنى المختص بالنظر فى الشئون الخاصة بوسائل تأمين البلاد وسلامتها طبقا للمادة ١٨٢ من الدستور، سلطة تقديرية واسعة فى مباشرة الأعمال العسكرية أو غير العسكرية المتصلة بهذا الاختصاص باعتبارها من أعمال الحكومة •

ومع ذلك يعمل القضاء الادارى على الحد من هذه السلطة الواسعة للتأكد من اتصال العمل أو التصرف بهذه الاعمال حقيقة، ومن ذلك ما قضى به من " أن قرار قائد الجيش الثالث الميدانى باستمرار استيلاء وحدات القوات المسلحة على أرض النزاع ، هو قرار من طبيعة ادارية لاتصاله بالشئون والمسائل اليومية المعتادة فى ادارة أعمال القوات المسلحة، ولايتعلق بالاجراءات العليا التى تتخذ فى سبيل الدفاع عن كيان الدولة فى الداخل

أو الخارج ودعم أركان الأمن فيها ، كما لا يتصل بعمليات الحرب ولم يصدر كنتيجة مباشرة للعمليات الحربية، ولذلك لايعتبر هذا القرار من أعمال الحرب ولا يدخل ضمن أعمال السيادة" • (٤٢)

ويندرج ضمن أعمال الحكومة ذات العلاقة بالمسائل الدولية، مسألة منح أو رفض منح حق الالتجاء السياسي لرعايا الدول الأجنبية، لما لهذه المسألة من تأثير على العلاقات الدولية بين مصر وهذه الدول ، وهو ما أكدته محكمة القضاء الاداري في ١٩٨٧/٣/٣ (٤٣) • وقد نظم الدستور هذه المسألة في المادة ٥٣ منه بالنص على أن " تمنح الدولة حق الالتجاء السياسي لكل أجنبي اضطهد بسبب الدفاع عن مصالح الشعوب أو حقوق الانسان أو السلام أوالعدالة ، وتسليم اللاجئين السياسيين محظور" •

---

(٤٢) المحكمة الادارية العليا في ١٩٨٢/١٢/٢٥ قضية ١٩٤٢ لسنة ٢٧ ق ، المجموعة السنة ٢٨ ص ٣١٧ •
راجع كذلك حكم محكمة جنوب القاهرة في ١٩٨٨/٣/٢٩ سالف الاشارة — وفي فرنسا راجع الاحكام التالية :

C.E. 22.11.1957, Myrtoom Steamshipet Cie, L.632, D.1958, P.10.

C.E. 30.3.1966, Guyot et Ste Ignazio Messina, A.J.D.A. 1966, P.382.

C.E. 11.7.1975, Paris de la Ballardière et a., A.J.D.A. 1975, P.455.

(٤٣) راجع حكمها في القضية ٤٠١٦ لسنة ٤٠ ق ، بشأن منح الرئيس السوداني السابق حق الالتجاء السياسي، سالف الاشارة•

ومن الواضح أن الدستور لم يحدد السلطة المختصة بمباشرة هــذا الاختصاص، ومن ثم يباشر رئيس الجمهورية بوصفه رئيسا للسلطة التنفيذيـــة هذا الاختصاص وفقا للقواعد العامة باعتباره من أعمال الحكومة المتصلة بالسياسة العامة للدولة، ولأن النصوص الدستورية المنظمة لاختصاصات السلطتيـــــن التشريعية والقضائية لا تسمح بدخول هذا الاختصاص فى نطاق عملهما٠ بيــد أن اختصاص رئيس الجمهورية بهذا العمل لا يتم بـ[illegible] سلطة التنـ[illegible]ـية، وانمـا يتم باسم الدولة بأكملها بسلطاتها العامة وشعبها، وذلك نزولا على نص الدستـور فى صدر المادة ٥٣ سالفة الذكر" تمنح الدولة حق ٠٠٠٠"

وقد يبدو أن سلطة رئيس الجمهورية فى منح أو رفض منح حـــــق الالتجاء السياسى هى سلطة مقيدة بالحالات المشار اليها فى تلك المـــادة ، الا أنه من الجلى أن تلك الحالات بالغة المرونة، مما يجعل أمر توافرهـا من قبيل السلطة التقديرية المطلقة للسلطة المختصة، ومع ذلك فانه بمجـرد منح حق الالتجاء السياسى لأحد الأجانب، فان السلطة المختصة بهـــــذه المسألة تتقيد بصورة مطلقة دون أدنى تقدير بصدد تسليم الأجنبى لبـــلاده حيث حظر الدستور هذا التسليم بصفة مطلقة لا تحتمل أى استثناء أو تقدير٠

واذ يثور التساؤل فى مثل هذه الحالة عن الجهة أو السلطـــــة التى يمكن لها أن تراقب مباشرة أعمال الحكومة ، مع غياب النصوص المنظمـــة لذلك ، والحظر التشريعى لجهتى القضاء العادى والادارى فى نظر المنازعـات المتصلة بها ، ورفض المحكمة الدستورية العليا التعقيب عليها ازاء حصـــر اختصاصها بفحص دستورية القوانين واللوائح ، فاننا نرى أن السلطة المختصة بالرقابة على هذه الأعمال وفقا للقواعد العامة ، هى السلطة التشريعيـة أى مجلس الشعب، حيث خوله الدستور فى المادة ٨٦ منه سلطة ممارســــة " الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية" ، واذ تنقسم هذه الأعمال كما سبـق الشرح الى أعمال ادارية وأعمال حكومية، فان للسلطة التشريعية أن تمـــارس الرقابة على أعمال الحكومة الصادرة عن السلطة التنفيذيـة استنادا الى المادة ٨٦ المشار اليها٠

ب ــ السلطة التقديرية والأعمال المتصلة بالعلاقات بين السلطات العامة :

على خلاف الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية ، فان مباشرة أعمال الحكومة المتصلة بالعلاقات بين السلطات العامة فى الدولة ، أكثر تقييدا ، ومن ثم تضيق السلطة التقديرية بشأنها .

وتدور أعمال الحكومة فى هذا الصدد حول العلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بصفة أساسية .

وتباشر السلطة التشريعية هذه الأعمال فى مواجهة السلطة التنفيذية في عدة مسائل حددها الدستور في المواد : ١٢٤ بخصوص حق توجيه الاسئلة ، و١٢٥ بشأن حق توجيه الاستجوابات ، و١٢٦ التى تخول مجلس الشعب حق سحب الثقة ، و١٢٧ لتقرير مسئولية رئيس مجلس الوزراء ، ومن ثم عزل من يتم سحب الثقة منه ، واستقالة رئيس مجلس الوزراء اذا تقررت مسئوليته وذلك وفقا للمادة ١٢٨ ، وكذلك طرح موضوعات عامة للمناقشة وفقا للمادة ١٢٩ لاستيضاح سياسة الوزارة بشأنها ، والمادة ١٣٠ التى تعطى لأعضاء مجلس الشعب حق ابداء رغبات فى موضوعات عامة ، والمادة ١٣١ والتى تجيز تكوين لجان خاصة أو تكليف احدى لجان المجلس الدائمة بفحص نشاط احدى المصالح الادارية ، من أجل تقصى الحقائق ، وأخيرا المادة ١٥٩ التى تقرر لمجلس الشعب حق احالة الوزير الى المحاكمة عما يقع منه من جرائم أثناء تأدية أعمال وظيفته أو بسببها . والسمة الغالبة ف[illegible] أعمال ا[illegible] الصادرة استنادا الى هذه المواد ، من جانب السلطة التشريعية ، هى حرية التقدير الواسعة التى تتمتع بها فى مباشرتها باستثناء حق المجلس فى تقرير مسئولية رئيس مجلس الوزراء ، اذ يتقيد هذا الحق بضرورة استجواب الحكومة أولا ، وعرض الأمر على رئيس الجمهورية من خلال تقرير يتضمن عناصر الموضوع ورأى المجلس وأسبابه ، ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير الى المجلس ، وهو ما يعنى اعتراضه عليه ، فاذا عاد المجلس الى اقراره من جديد ، جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة على الاستفتاء الشعبى خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاقرار الاخير للمجلس ، وتقف جلسات المجلس فى هذه الحالة ، فاذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة اعتبر المجلس منحلا ، والا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة .

يضاف الى ذلك أنه وفقا للمادة ٨٤ من الدستور ، فانه في حالـــة خلو منصب رئيس الجمهورية أو عجزه الدائم عن العمل بتولى الرئاسة موءقتـــا رئيس مجلس الشعب، واذا كان المجلس منحلا حل محله رئيس المحكمـــة الدستورية العليا ، وذلك بشرط الا يرشح أيهما للرئاسة • ويعلن مجلـــس الشعب خلو منصب رئيس الجمهورية، ويتم اختيار رئيس الجمهورية خلال مدة لا تجاوز ستين يوما من تاريخ خلو منصب الرئاسة ، وقد لا يثير تطبيق هـذا النص أية مشكلة فى حالة خلو منصب الرئيس للوفاة أو الاستقالة، ولكن مـــن المحتم أنه يثير التساوءل حول مدى حرية التقدير بشأن تحديد عجز رئيـــس الجمهورية الدائم ، والسلطة المختصة بمباشرة هذا التحديد • وفى تقديرنـــا ان المشرع الدستورى لم يقصد بالنص على أن " يعلن مجلس الشعب خلـــو منصب رئيس الجمهورية" حالة الخلو للوفاة أو الاستقالة فحسب، وانما يمتد هذا الاختصاص كذلك الى حالة العجز الدائم، ومن ثم لايكون لأية سلطة أخـــرى خلاف مجلس الشعب الاعلان عن ذلك، اذ بالاضافة الى خلو الدستور مـــن أية نصوص تعالج هذه الحالة الخاصة ، فمن المسلم به أن يسند الاختصاص الى الجهة التى خولها الدستور سلطة اعلان خلو منصب رئيس الجمهورية لاسبـــاب أخرى خلاف العجز الدائم، باعتباره اختصاصا عاما يمثل أحد الأصـــول الدستورية أو القواعد العامة التى تسرى فى حالة غياب النصوص الخاصة •

ويتبقى بعد ذلك السوءال الأهم حول مدى تمتع مجلس الشعـــب بحرية التقدير بشأن تحديدالعجز الدائم لرئيس الجمهورية، وقد يبدو الأمـــر كما لو كان المجلس يتمتع بحرية تقدير مطلقة ، دون حاجة الى الاستنـــاد الى دلائل جدية أو قرائن مادية حاسمة فى اثبات هذه الحالة الواقعيـــــة وتكييفها قانونا بأنها عجز دائم ، الا أن ذلك غير صحيح، حيث يتعين علـــى مجلس الشعب أن يقيم قراره على سبب مشروع، ومن ثم يصدر القرار مستنـدا الى أصول ثابتة من شأنها أن توءدى الى استخلاص النتيجة استخلاصا سائغـا ومنتجا ، اذ أننا نتلمس فى عملية اختيار رئيس الجمهورية الجديد نوعا مـــن الرقابة الشعبية على هذه المسألة، فليس من جدال فى أن المقصود بمـــا ورد

فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة من أنه" يتم اختيار رئيس الجمهورية خلال مدة لاتجاوز ستين يوما ٠٠٠" ، أن يتم هذا الاختيار وفقا للمادة ٧٦ من الدستور والاجراءات الواردة فيه ، باعتبارها الأصل العام فى هذا الصدد ما دام الدستور لم ينص على اجراءات اخرى خلافها فى المادة ٨٤ اوغيرها ٠

أما أعمال الحكومة التى تباشرها السلطة التنفيذية، فانها تبدو أكثر تقييدا من سابقتها الصادرة عن السلطة التشريعية، وهى تتمثل فى الأعمال التالية بحسب النص عليها فى الدستور ٠

١ ـ لرئيس الجمهورية حق اصدار القوانين أو الاعتراض عليها وفقا للمادة ١١٢ ، الا أنه فى حالة الاعتراض يتعين عليه أن يرد مشروع القانون "خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس اياه، فاذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد اعتبر قانونا وأصدر، واذا رد فى الميعاد المتقدم الى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثى أعضائه اعتبر قانونا وأصدر"ـ المادة ١١٣ ٠ ومن هذا يتبين أن سلطة الاعتراض على مشروعات القوانين هى سلطة مقيدة وتخضع لرقابة مجلس الشعب رغم كونها من أعمال الحكومة ٠

٢ ـ طبقا للمادة ١٣٩ من الدستور" لرئيس الجمهورية أن يعين نائبا له أو أكثر، ويحدد اختصاصاتهم ويعفيهم من مناصبهم" ، وقد يبدو حق رئيس الجمهورية فى تعيين نوابه من أعمال الحكومة التى يتمتع الرئيس بحرية تقدير واسعة فى شأنها، غير أننا نرى أن ذلك غير صحيح ، بمعنى أن الرئيس لا يتمتع بسلطة تعيين نوابه أو عدم تعيين أحد على الاطلاق، فالمادة ٨٢ من الدستور تنص على أنه" اذا قام مانع مؤقت يحول دون مباشرة رئيس الجمهورية لاختصاصاته أناب عنه نائب رئيس الجمهورية" ، ووضع هذا النص موضع التنفيذ يستلزم تعيين نائب لرئيس الجمهورية، اذ من شأن الامتناع عن التعيين ، تعطيل هذا النص الدستورى وهو ما لا يملكه الرئيس، يضاف الى ذلك أن المادة ٨٥ من الدستور تنظم حالة اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية، فتنص فى فقرتها الثانية على أنه" يقف رئيس الجمهورية عن عمله بمجرد صدور قرار الاتهام، ويتولى نائب رئيس الجمهورية

الرئاسة مؤقتا لحين الفصل فى الاتهام " ، ولا ريب فى أن عدم تعيين نائب لرئيس الجمهورية من شأنه تعطيل هذا الحكم الدستورى كذلك، علاوة على أنه مادام الدستور قد خول جهة ما بعض الاختصاصات، فان انشاء هذا الجهة لا يكون محلا للسلطة التقديرية، وانما يكون هذا الانشاء التزاما يقع على عاتق السلطة المختصة بذلك دون أدنى تقدير ٠ (٤٤)

٣ ــ تقضى المادة ١٤١ بأن " يعين رئيس الجمهورية رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويعفيهم من مناصبهم" ، وتعد القرارات الصادرة فى هذا الشأن من أعمال السيادة ــ وفقا لقضاء مجلس الدولة (٤٥) ــ ولكن سلطة الرئيس فى تعيين الوزراء ونوابهم تتقيد بالشروط الواردة فى المادة ١٥٤ من الدستور والتى تستلزم منهم الجنسية المصرية وبلوغ سن ٣٥ سنة على الأقل ، و التمتع الكامل بالحقوق المدنية والسياسية ٠

٤ ــ وفقا للمادة ١٤٩ من الدستور لرئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها ، أما العفو الشامل فلا يكون الا بقانون ، وفى هذه المسألة تبدو فعلا سلطة الرئيس التقديرية فى العفو واسعة للغاية ٠

٥ ــ تنص المادة ١٥٢ على أن لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا ، ومن الجلى ان سلطة الرئيس فى تقدير أهمية المسألة محل الاستفتاء ومدى اتصالها بمصالح البلاد العليا ، هى سلطة غاية فى الاتساع دون معقب، ما لم يمتنع الشعب عن ابداء رأيه فيها اعتراضا على أهميتها غير الحقيقية٠

---

(٤٤) راجع فى هذا الموضوع الدكتور على الباز : نائب رئيس الدولة ــ ١٩٨٨ ــ ص ٣٢ : ٤٨٠

(٤٥) حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٨٩/٥/١٥ سالف الاشارة ــ ومحكمة القضاء الادارى فى ١٩٨٥/١٢/٢٧ سالف الاشارة ٠

٦ ــ وأخيرا لرئيس الجمهورية بدوره ــ وفقا للمادة ١٥٩ ــ أن يحيل الوزير الى المحاكمة عما يقع منه من جرائم أثناء تأدية أعمال وظيفته أو بسببها •

غير أن تمتع رئيس الجمهورية بحرية التقدير فى صدد أعمال الحكومة سالفة الذكر لا يمنع من رقابة مجلس الشعب عليها ، سواء من حيث مشروعيتها أم من حيث ملاءمتها ، وفقا للمادة ٨٦ من الدستور على نحو ما سلف شرحه •

المطلب الرابع
أعمال السلطة التأسيسية

تجمع أنظمة الحكم الحديثة فى مختلف دول العالم، و بغض النظر عما تعتنقه من مبادىء سياسية ، على أن الشعب هو صاحب السلطة الحاكمة فى الدولة، وهو الأمر الذى يشير اليه نص المادة الثالثة من الدستورالحالى فى مصر بقوله" السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات ،ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها ، ويصون الوحدة الوطنية على الوجه المبين فىالدستور"

ومقتضى ممارسة الشعب لسيادته وحمايتها ، أن يكون له الحق فى التعبير عن ارادته، وهو ما يتم وفقا للدستور فى العديد من مواده التى تعطى الاختصاص له [illegible] فى هيئة الناخبين ــ بصدد بعض المسائل والموضوعات التى يتعين أن يوكل أمر البت فيها أو ابداء الرأى بشأنها لأعلى سلطات الدولة دستوريا الا وهى السلطة التأسيسية •

وازاء استحالة أن يشترك جميع أفراد الشعب فى تكوين السلطة التأسيسية فانه يتم قصر المشاركة فى التعبير عن ارادة هذه السلطة على مجموعة من الأفراد يطلق عليهم أحيانا اصطلاح" الشعب السياسى" للدلالة على أنهم وحدهم من يملكون الحق فى المشاركة فى الحياة السياسية • ولما كان هذا الحق تتم ممارسته من خلال اجرائى الانتخاب والاستفتاء ، فقد استقر الامر

على اطلاق اصطلاح " هيئة الناخبين " على هؤلاء الذى يخولهم القانـــون حق المشاركة فى الحياة السياسية، وبذلك نصت المادة ٦٢ من الدستور الحالى فى مصر بقولها " للمواطن حق الانتخاب والترشيح وابداء الرأى فى الاستفتـاء وفقا لأحكام القانون .. " .

وعليه فان هيئة الناخبين هى مجموع المواطنين الذين يحق لهـم ممارسة الحقوق السياسية فى الدولة، وخاصة حقى الترشيح والانتخاب، وهـم الذين توافرت فيهم الشروط التى يتطلبها القانون لعضوية تلك الهيئــة ، والمقيدين فى جداول الانتخاب ، ولا يحظر عليهم قانونا مباشرة حقوقهـم السياسية .

وتعتبر هيئة الناخبين من أهم الهيئات الدستورية وعلى قمتهـا ، اذ هى الأساس الشرعى الذى تتفرع عنه بطريق مباشر أو غير مباشر السلطـات الدستورية الاخرى (٤٦) . ومن هنا كان اطلاق اصطلاح " السلطـة التأسيسية " عليها ، وهى سلطة لا يقتصر اختصاصها على اختيار النـواب المكونين للسلطة التشريعية عن طريق الانتخاب، وانما تمارس الى جوار ذلـك عدة سلطات أو بالأحرى اختصاصات دستورية أخرى مثل البت فى مسألة حـل مجلس الشعب ، ولذلك فانها تمثل الدعامة التى يقوم عليها النظام الدستـورى فى أية دولة قانونية ديمقراطية .

وتنص المادة الرابعة من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيـم مباشرة الحقوق السياسية ، والمعدلة بالقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٧٩ ، علـى أنه" يجب أن يقيد فى جداول الانتخاب كل من له مباشرة الحقوق السياسيـة من الذكور والاناث، ومع ذلك لا يقيد من اكتسب الجنسية المصرية بطريـق التجنس الا اذا كانت قد مضت خمس سنوات على الأقل على اكتسابه اياها " .

---

(٤٦) الدكتور فاروق عبد البر : دور مجلس الدولة المصرى فى حماية الحقوق والحريات العامة ـ الجزء الأول ـ ١٩٨٨ ـ ص ٤٣٢

ووفقا للمادة الاولى من هذا القانون ، والمعدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٦ والقرار بقانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٩٠ ، فانه على كل مصرى وكل مصرية بلغ ثماني عشرة سنة ميلادية أن يباشر بنفسه الحقوق السياسية ، ما لم يكن معفى من أداء هذا الواجب اذا كان من الفئات الواردة فى نفس المادة ، أو محروما من مباشرة الحقوق السسياسية وفقا للمادة الثانية من نفس القانون والمعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٢ • أو أوقف مباشرة الحقوق السياسية بالنسبة اليهم وفقا لما ورد فى المادة الثالثة من هذا القانون • (٤٧)

وتختص هيئة الناخبين ، وفقا للدستور الحالى فى مصر ، بالمسائل الاتية :

١ ـ انتخاب أعضاء كل من مجلس الشعب (م ٨٧ من الدستور) والمجالس الشعبية المحلية (م ١٦٢ من الدستور) ومجلس الشورى (م ١٩٦ من الدستور) •

٢ ـ ابداء الرأى فيما يعرض عليها من أمور استنادا الى أى من المادتين ٧٤ أو ١٥٢ من الدستور ، ويتم ذلك من خلال الاستفتاء الذى يتم لهذا الغرض والذى يصنف بأنه استفتاء سياسى حيث يقتصر الأمر على استطلاع رأى الناخبين دون الالتزام بإتباع هذا الرأى • (٤٨)

٣ ـ الموافقة على أو رفض ما يعرض عليها من الاستفتاءات التالية :

أ ـ ترشيح رئيس الجمهورية (م ٧٦ من الدستور) •

ب ـ النزاع بين مجلس الشعب والحكومة (م ١٢٧ من الدستور) •

جـ ـ حل مجلس الشعب عند الضرورة (م ١٣٦ من الدستور) •

د ـ تعديل بعض مواد الدستور (م ١٨٩ من الدستور) •

---

(٤٧) راجع فى تفاصيل ذلك بحثنا سالف الاشارة ـ مجلة الحقوق ـ ص ٥٧ ومابعدها •

(٤٨) راجع فى تفاصيل الموضوع بحثنا سالف الاشارة ـ ص ١٤٦ ومابعدها •

وفى هذه الاستفتاءات تلتزم السلطة التى أجرتها بما تنتهى اليـــه ارادة الناخبين ، وفقا لنتيجة الاستفتاء التى يتم اعلانها .

ومن المسلم به أن اعلان نتائج الانتخاب هو من الأعمال القانونيـة فالعمل القانونى هو - بحسب اجماع الفقه والقضاء - التصرف الذى مـن شأنه احداث اثر قانونى معين ، وبالتالى فهو عمل يؤثر فى المراكز القانونيـة للأفراد انشاء أو تعديلا او الغاء.

وأكثر الاعمال القانونية شيوعا فى الأنظمة القانونية المختلفة هـى القوانين والقرارات الادارية والأحكام القضائية والعقود ، ويدخل ضمن قائمـة هذه الاعمال - فى تقديرنا - الاعلان عن ارادة السلطة التأسيسية ، سـواء فى وضع الدستور - مثلا - أو تعديله أو انتخاب رئيس الدولة أو أعضاء السلطة التشريعية فيها أو حل هذه السلطة ، و غير ذلك من موضوعات يختـص الدستور السلطة التأسيسية - متمثلة فى هيئة الناخبين - بسلطة البـت النهائى فيها . وعليه لايجوز ادراج الاعلان عن ارادة السلطة التأسيسية ضمـن الاعمال القانونية التى تصدر عن السلطات المؤسسة ، وهى السلطـات التشريعية والتنفيذية والقضائية ومن ثم لايجوز اعتباره قانونا أو من قبيـل الأعمال التشريعية أوالبرلمانية التى تصدر عن السلطة التشريعية ، كما لا يجـوز اعتباره من القرارات الادارية التى تصدر عن السلطة التنفيذية أو من الاحكام القضائية الصادرة عن السلطة القضائية ، بغض النظر عن مدى قوتها الالزامية أو مرتبتها .

واذ يخلو النظام القانونى من هيئة أو جهة دائمة تتولى التعبير عـن ارادة السلطة التأسيسية ، فقد رأى المشرع فى قانون مباشرة الحقوق السياسيـة أن " تعلن النتيجة العامة للانتخاب أو الاستفتاء بقرار من وزير الداخليـة خلال الأيام الثلاثة التالية لوصول محاضر لجان الانتخاب أو الاستفتاء اليه " م ٣٢ .

وبالرغم من صريح هذا النص بأن اعلان نتيجة الانتخاب يتم من خلال " قرار" وزير الداخلية، الا أن ذلك لايفيد أبدا أنه من القرارات الادارية، اذ ليس من المعقول أو المقبول مثلا أن يكون تشكيل وتكوين السلطة التشريعية رهنا بارادة وزير الداخلية وهو أحد أعضاء السلطة التنفيذية ومن خلال قرار وزارى يصدر تعبيرا عن ارادته، حيث لا تملك أى من السلطات العامة المؤسسة الادعاء بأنها تملك قانونا سلطة التعبير عن ارادة السلطة التأسيسية، وكل ما فى الامر أن تتولى احدى هذه السلطات العامة مهمة "الكشف" عن ارادة الناخبين الذين يمثلون السلطة التأسيسية فى الدولة ، على أن تتولى سلطة أخرى مهمة" التحقق " من صحة ومشروعية هذا الكشف أو بالأحرى الاعلان عن ارادة الناخبين •

وقد يثور تخوف من احتمال قيام وزير الداخلية باهدار ارادة الناخبين تماما والعبث فى نتيجة الاستفتاء أو الانتخاب ، مما يكون "مؤداه اهدار ارادة الناخبين بقرارر يصدر من جهة الادارة تتنكب فيه عن اعمال صحيح حكم القانون فى صدد توزيع المقاعد على قوائم الاحزاب حسبما افصحت عنه الارادة الحقيقية للناخبين ، مما يجعل قرار الادارة فى هذا الشأن تعبيرا عن ارادتها الذاتية وليس تعبيرا عن ارادة الناخبين ، ومن ثم يتعين ألا يفلت مثل هذا القرار من الرقابة القضائية اعمالا لقواعد المشروعية ورد أعمال الادارة الى حظيرة القانون" • (٤٨)

وفى تقديرنا أن مثل هذا الافتراض النظرى البحت يعنى تجاوز الامر نطاق القانون الى دائرة الأعمال المادية منبتة الصلة بالمشروعية، فهو بمثابة أنقلاب سياسى من فرد معين هو وزير الداخلية، يماثل تماما حالة اذا ماجاء العسكر — مثلا — بيرلمان معين ، وهو وان كان واقعا فى حالة تحقق ذلك، الا أنه لن يكون له أدنى علاقة بالدستور أو القانون ، اذ هو اهدار لارادة السلطة التأسيسية بالكامل •

---

(٤٨) راجع فى تفاصيل الموضوع بحثنا سالف الاشارة — ص ١٤٦ وما بعدها •

ويلزم ملاحظة أن الرأى السالف يقتصر نطاقه على حالة العبث بارادة الناخبين بالكامل ، وتعديل ما انتهت اليه عملية الانتخاب ــ مثلا ــ من تركيب سياسى للمجلس المنتخب ونسب اشتراك الاحزاب وتمثيلها فيه الى ما يحقق هوى الادارة أو الحكومة أو أية سلطة أيا كانت، أما فى حالة الأخطاء العادية سواء نجمت عن حسابات مادية خاطئة للأصوات أو اختلاف الرأى فى تفسير القوانين بصدد احتسابها ، فان طبيعة الاعلان عن ارادة الناخبين لا يتغير ، ويبقى" قرار" وزير الداخلية فى هذه الحالة مجرد كشف أو اعلان عن هذه الارادة بالرغم مما شابها من أخطاء ، اذ ليس من المتصور أن تختلف هذه الطبيعة بحيث تكون كذلك اذا كانت مطابقة تماما لارادة الناخبين ، أما اذا شابها أى خطأ مهما كان يسيرا فانها تتحول لكى يغدو قرار وزير الداخلية من القرارات الادارية المعبرة عن ارادة الادارة، أو القول بأن قرار وزير الداخلية يكون تعبيرا عن ارادة الناخبين فى الأجزاء المطابقة منه ــ أى من القرار ــ لهذه الارادة ، ويكون تعبيرا عن ارادة الادارة فى الأجزاء الأخرى التى شابها مخالفة تلك الارادة .

كذلك لا يغير من الأمر شيئا ، بصدد تحديد طبيعة قرار وزير الداخلية بالاعلان عن نتيجة الانتخاب، وكونه ليس من القرارات الادارية، وانما هو تعبير عن ارادة الناخبين ، اختلاف نظام الانتخاب المعمول به ، بحيث يختلف دور وزير الداخلية فى ظل الانتخاب بالقوائم الحزبية ، عنه فى ظل الانتخاب الفردى الذى عادت مصر اليه أخيرا .

فالواقع أن ما يجريه وزير الداخلية بالاستعانة بلجنة اعداد نتيجة الانتخاب من تصرفات ، مثل اضافة أصوات الى قائمة أو حذف أصوات من قائمة أخرى او تحديد من تم انتخابهم من ترتيب هذه القوائم، لا يعد تعديلا لارادة الناخبين ، وانما يتم ذلك نزولا على القانون ووفقا للضوابط المحددة فيه وهى ضوابط يعلم بها يقينا الناخب قبل ادلائه بصوته، وهويدرك تماما مصير هذا الصوت وما يترتب عليه من آثار ، ومن ثم فان دور وزير الداخلية فى ظل الانتخابات بالقوائم الحزبية ، مثله فى ذلك مثل دوره فى ظل الانتخاب الفردى

يقتصر على تسجيل واعلان ارادة الناخبين فى ظل الضوابط التى يضعها القانون أيا كان نظام الانتخاب المعمول به • وعلى سبيل المثال فان نظام الانتخاب لمجلس الشعب الذى كان معمولا به فى انتخابات عام ١٩٨٧ كان يجمع بين نظامى الانتخاب بالقوائم والانتخاب الفردى ، فما هو الرأى اذن بصدد طبيعة قرار وزير الداخلية باعلان نتيجة هذا الانتخاب ؟ ان مقتضى الرأى الذى يفرق بين النظامين أن يكون قرار وزير الداخلية باعلان انتخاب المنتمين للاحزاب والمرشحين فى قوائمهم من القرارات الادارية ، فى حين أنه بصدد اعلان انتخاب المستقلين من هذه الاحزاب يكون تعبيرا عن ارادة الناخبين • فهل يجوز مثل هذا الرأى ؟

والخلاصة أن قرار وزير الداخلية باعلان النتيجة العامة للانتخاب لا يعد فى جميع الاحوال وأيا ما كان نظام الانتخاب المعمول به من القرارات الادارية ،وانما هو كشف أو اعلان عن ارادة الناخبين فى اختيار من أعلن انتخابهم نوابا لهم فى المجلس المنتخب أو بصدد موضوع الاستفتاء، وهو بهذه المثابة يعد من الاعمال القانونية لما يترتب عليه من أثر قانونى يتمثل فى ثبوت عضوية من أعلن انتخابهم فى مجلس الشعب من تاريخ ذلك الاعلان ، وهو ما يستفاد من مقتضى نص المادة ٣٨ من قانون مباشرة الحقوق السياسية والتى تلزم وزير الداخلية بأن يرسل عقب اعلان نتيجة الانتخاب الى كل من المرشحين المنتخبين شهادة بانتخابه، وذلك دون انتظار موعد انعقاد أولى جلسات المجلس ، أو حلف المنتخب لليمين دستورية وفقا للمادة ٩٠ من الدستور والتى تفترض توافر صفة عضوية المجلس قبل حلف اليمين اذ تنص بشأن اعضاء مجلس الشعب على أنه " يقسم عضو مجلس الشعب أمام المجلس قبل أن يباشر عمله اليمين الآتية : ••• " فمن الجلى أن هذا النص يقضى بأن حلف اليمين هو شرط لمباشرة العضو لعمله فى المجلس وليس لتوفير صفته أوعضويته •

وتبدو أهمية تحديد الطبيعة القانونية لاعلان نتائج الانتخاب فى بيان الجهة المختصة بالفصل فى الطعون ضد هذه النتائج ، وهوالأمر الذى يرجع اليه حقيقة النزاع أو الخلاف الناشب عام ١٩٨٩ حول صحة عضوية

أعضاء مجلس الشعب، والذى نراه فى جوهره نزاعا حول الاختصاص بالفصل فى مشروعية نتائج الانتخاب المعلنة (٤٩) . فالعضوية دون شك تترتب على الاعلان عن نتيجة الانتخاب ، اذ هى الاثر القانونى الذى يحدثه هذا الاعلان ، وبالتالى فان فحص صحة العضوية يعنى فحص مشروعية هذا الاعلان ، اذ مفاد صحة هذه العضوية التحقق من صحتها القانونية أى من حيث مدى مشروعيتها واتفاقها مع القوانين ، وبقول آخر فان فحص مشروعية الاعلان عن ارادة الناخبين فى اختيار اعضاء المجلس المنتخب، تعنى فى حقيقة الأمر فحصا لصحة عضوية من أعلن انتخابهم ومن ثم تكون الجهة المختصة بفحص مشروعية هذا الاعلان ، هى بذاتها الجهة المختصة بفحص مشروعيةوصحة عضوية أعضاء المجلس .

وقد حسم الدستور فى مادتيه ٩٣ و ٢٠٥ مسألة الاختصاص بفحص عضوية مجلسى الشعب والشورى اذ أوكل لكل مجلس الاختصاص بالفصل فى صحة عضويته بناء على التحقيق الذى تجريه محكمة النقض بصدد الطعون المقدمة الى المجلس ، وهو الأمر الذى أقرته المحكمة الادارية العليا فىأحكامها الحديثة بعد تردد طويل (٥٠) ، أماعن عضوية المجالس الشعبية المحلية ، فانه وفقا للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالى، يختص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتصلة بانتخابات هذه المجالس ومن بينها فحص عضويتها (٥١) .

---

(٤٩) راجع فى مسألة هذا النزاع والاختصاص بالفصل فى صحة عضوية مجلس الشعب بحثنا سالف الاشارة ـ ص ١٥٤ ومابعدها .

(٥٠) راجع حكمها فى ١٩٩٠/١٢/٥ فى الطعن ٢٠٦ لسنة ٣٧ ق ، (لم ينشر بعد) .

(٥١) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا : الرقابة على أعمال الادارة ـ ١٩٩٢ ـ ص ٩٥٢ ومابعدها .

تبقى بعد ذلك مشكلة تحديد الجهة المختصة بالرقابة على نتائج الاستفتاءات التى نص عليها الدستور سالفة الذكر . والواقع أنه ازاء غياب النص الصريح حول هذه المسألة ، فاننا نرى أن الاختصاص بهذا الأمر ينعقد — فى ظل النصوص الحالية — لمجلس الشعب ذاته ، والذى يختص وفقا للمادة ٨٦ من الدستور بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، أيا كانت طبيعة هذه الأعمال ، ادارية كانت أم غير ادارية ، تعبيرا عن ارادتها الذاتية أم عن ارادة غيرها .

والواقع أنه كان من الممكن تجنب كل هذه الخلافات اذا كتب لنص المادة ٨٨ من الدستور التطبيق السليم ، فهذا النص يقضى بأن " يتم الاقتراع تحت اشراف اعضاء من هيئة قضائية" ، غير أن المشرع فى قانون مباشرة الحقوق السياسية ومجلس الشعب خول السلطة الادارية ممثلة فى وزارة الداخلية اختصاصات تجعل لها السيطرة والهيمنة الكاملة على ادارة وتنفيذ اجراءات التصويت فى الانتخابات والاستفتاءات ، وذلك بالرغم من وضوح قصد المشرع الدستورى من هذا النص بجلاء ، حيث حرص على الا تنفرد السلطه الادارية بأهم مراحل تكوين السلطة التشريعية وتمكين هيئة الناخبين من التعبير الصحيح عن ارادتها ، وذلك باشراك السلطة القضائية فى هذه العملية من خلال الاشراف على مرحلة التصويت والانتخاب، بما يجعلها قلعة صامدة فى مواجهة أى تدخل أو محاولة للتدخل فى الانتخابات أيا كان مصدر هذا التدخل ، مسلحة فى ذلك باستقلال حقيقى يكفل لها النزاهة والحياد والموضوعية بعيدا عن احتمالات التأثير فى عملها ومواطن الشبهات فى تصرفاتها .

والواقع أن اشراف السلطة القضائية على الانتخاب يتمثل — عملا — فى رئاسة اللجان العامة وبعض اللجان الفرعية، مما يشكك كثيرا فى مدى وفعالية هذا الاشراف ، وفى تقديرنا أن اشراف السلطة القضائية على الانتخاب يعنى أن تكون لها سلطة الرقابة والتوجيه والتعقيب على من يتولون تنفيذ عملية الانتخاب، واذا كان صحيحا أن الدستور عهد الى أعضاء الهيئات القضائية بمهمة الاشراف على الاقتراع ، ولم يعهد لهم بمباشرة أو تولى عملية الانتخاب وتنفيذها ، الا أن هذا الاشراف يستلزم أن تكون الكلمة الاخيرة فى كل الامور

المتصلة بهذه العملية لهم، بأن تكون لهم سلطة القرار فى هذه الأمور دون تعقيب (٥٢) ، مع ملاحظة أن المقصود بالاشراف فى هذه المرحلة الاشراف الادارى وليس القضائى، فهذا الأخير يتم من خلال الحكم فيما يثور من منازعات امام القضاء بصدد عملية الانتخاب ، ومن هنا يكون من المناسب عدم اشتراك قضاة محاكم القضاء الادارى فى هذا الاشراف الادارى ، تحسبا لقيامهم بالفصل فى المنازعات المتصلة بهذه المرحلة بعيدا عن الظنون نتيجة الجمع بين الأمرين وشبهة توافر صفتى الخصم والحكم فى بعض هذه المنازعات، وهو الأمر الذى ينسحب كذلك على قضاة المحكمة الدستورية العليا دون شك .

وفى تقديرنا أنه قد أصبح من الملائم انشاء هيئة عليا للانتخاب تتبع مباشرة المجلس الأعلى للقضاء ، وتتشكل من عناصر قضائية خالصة تمثل جهات القضاء الدستورى والادارى والعادى، باعتبارها الجهات القضائية المعنية بمسألة الانتخاب، وتتولى هذه الهيئة ادارة كافة الانتخابات التشريعية فى الدولة والاشراف عليها ، ولها فى ذلك أن نستعين بمن تراه من رجال القانون والقضاء فى مباشرة كافة الأعمال اللازمة لسير العملية الانتخابية ، على أن يستبعد فى هذا النظام أى دور للسلطة الادارية ، مما يستتبع نقل الادارة المسئولة عن الانتخابات فى وزارة الداخلية لتكون تابعة مباشرة لهذه الهيئة التى يتعين أن يكون مقرها فى وزارة العدل ان لم يكن فى أحد قصور العدالة (أى مقار المحاكم) .

---

(٥٢) وقد ورد اصطلاح الاشراف فى عدة مواد دستورية منها المادة ١٣٨ التى تنص على أن " يضع رئيس الجمهورية بالاشتراك مع مجلس الوزراء السياسة العامة للدولة، ويشرفان على تنفيذها على الوجه المبين فى الدستور" وهو نص يماثل ما ورد فى المادة ١٥٦ من الدستور أيضا ، كذلك المادة ١٥٣ التى تنص فى فقرتها الثانية على أن " يشرف رئيس مجلس الوزارة على أعمال الحكومة" . ومن الجلى أنه وفقا لهذه النصوص فان الاشراف المشار اليه فيها يؤدى الى أن تكون الكلمة النهائية والحاسمة فى هذه الموضوعات للجهة المخولة بالاشراف.

ولا ريب فى أن من شأن انشاء هذه الهيئة القضائية الدائمة لتولى ادارة الانتخابات ، ضمان سلامة اجراءات الانتخاب والاستفتاء وصدق نتائجه ونزاهته ، مما يؤدى الى قيام سلطة تشريعية حقيقية تعبر بحق عن الارادة العامة للشعب، دون خضوع لسيطرة أو تغول السلطة التنفيذية بما تملكه من قوة مادية واعلامية، ومن ثم يضمن المواطنون أن تصدر التشريعات تحقيقا لمصلحتهم العامة، وصونا لحقوقهم وحرياتهم، اذ لن يتأتى ذلك الا اذا تمت انتخابات هذه السلطة بنزاهة تامة ،وهو الأمر الذى يكفله ادارة الهيئة المقترحةللانتخابات، نزولا على ارادة المشرع الدستورى فى وضع هذه الانتخابات تحت الاشراف الحقيقى للقضاء، وهم الذين يستمدون سلطتهم من ثقة الناس فيهم ورضائهم بما يصدرونه من أحكام قائمة على العدل والحق دون هوى وبعيدا عن الباطل • يضاف الى ذلك أن من الاثار المتوقعة لهذا الاشراف التقليل الى حد كبير جدا من المنازعات والطعون الانتخابية حولها، ان لم يؤد ذلكالى الزوال التام لهذه المنازعات•

الفصل الثانى
القوة القانونية للعمل الادارى

من أبرز السمات التى تميز دستور ١٩٧١ المصرى عن غيره من الدساتير السابقة عليه، حرص المشرع الدستورى فيه على الاعتراف والاقرار بمبدأ المشروعية وسيادة القانون ، باعتبار أن هذه السيادة ــ حسبما ورد فى وثيقة اعلان هذا الدستور ــ "ليست ضمانا مطلقا [illegible] الفرد [illegible]، لكنها الاساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت" .

والواقع أن مبدأ المشروعية يمثل فى الوقت الراهن ، قمة الضمانات الأساسية ــ الجدية والحاسمة ــ لحقوق وحريات الشعوب، اذ يبلور هذا المبدأ كافة ما استطاعت الشعوب أن تحرزه من مكاسب فى صراعها مع السلطات الحاكمة، لاجبارها على التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق، وذلك عبر أجيال متعاقبة مرت على الانسانية حتى عصرنا الحالى.

ولذلك فقد غدا هذا المبدأ من المبادىء الأساسية لقيام الدولة القانونية، والمعول الرئيسى فى تمييزها عن الدولة البوليسية أوالاستبدادية ، حيث تغدو السيادة للقانون ، وليست لأشخاص الحكام أو لبعض التقاليد والاعراف المتوارثة .

ولا ينفى ذلك أن القانون فى واقع الأمر، هو عمل ارادى من صنع السلطات العامة الحاكمة فى الدولة، فمن ناحية تخضع ارادة السلطات الحاكمة للعديد من الاعتبارات والاسس التى تقيدها لدى اقرارها للقواعد القانونية ، ومن ناحية أخرى فانه بصدور القانون فانه ينفصل عن ارادة من وضعه ويصبح قاعدة عامة مجردة تحكم سلوك كل من فى الدولة من أفراد وسلطات عامة بما فى ذلك من شارك فى اقرار هذه القاعدة .

فبمقتضى مبدأ المشروعية ، فان القانون وان كان عملا اراديا ، الا أنه

بسمو على ارادة جميع أفراد المجتمع والسلطات العامة فى الدولة مهما بلغ دورها فى وضعه او اقراره أو اصداره٠

ويكاد الفقه يجمع على أن مبدأ المشروعية يعنى " سيادة حكم القانون " [(١)] وهو فى الحقيقة تعريف مناسب تماما لمبدأ المشروعية ، خاصة وأن المشرع الدستورى قد اعتنقه فى دستور ١٩٧١ الحالى فى مصر، حيث تنص المادة ٦٤ منه على أن " سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة" ومن ثم أصبح مبدأ " سيادة القانون " مرادفا تماما لمبدأ " المشروعية" [(٢)]٠

ومن المستقر عليه، فى صدد تفسير مدى سيادة القانون، أن هذه السيادة تتحقق بخضوع كل من فى الدولة من حكام ومحكومين، سلطات عامة وأفراد، للقانون بحيث تكون تصرفاتهم الايجابية والسلبية فى دائرة وحدود النظام القانونى المقرر فى الدولة ٠

والواقع أن القانون بمعناه الواسع ، هو فى جوهره تعبير عن ارادة الدولة، فهذه الارادة – دون غيرها – تمثل المصدر الوحيد للقواعد القانونية ، ولكن الدولة لا تعبر عن ارادتها باسلوب واحد بعينه، وانما تختلف طرق التعبير عن ارادة الدولة باختلاف السلطة العامة الموكول اليها التعبير عن هذه الارادة، ومن هنا تتعدد مصادر القاعدة القانونية بتعدد السلطات العامة التى تعبر عن ارادة الدولة٠

واذ لا يقتصر انشاء القواعد القانونية على سلطة أو هيئة عامة واحدة فى الدولة، فانه يكون محتملا وقوع التعارض أو التناقض بين هذه القواعد، ومن ثم التنازع بين السلطات أوالهيئات التى تولت تقريرها٠

---

(١) الاستاذ الدكتور محسن خليل : القضاء الادارى ورقابته لاعمال الادارة – ١٩٦٨ – ص ٥٠

(٢) راجع فى تفاصيل هذا المبدأ موءلفنا : الرقابة على أعمال الادارة – ١٩٩٢– ص ٩ ومابعدها٠

ومن هنا بدت ضرورة التوصل الى قاعدة ما تحقق في آن واحد الترابط بين كافة القواعد القانونية التى يتكون منها التنظيم القانونى للدولة ، وحل اشكالات واحتمالات وقوع التعارض أو التناقض فيما بين هذه القواعد . وقد تحقق ذلك فعلا عن طريق تقرير قاعدة" تدرج القواعد القانونية" ، وهى من أهم القواعد أو المبادىء التى أسفر عنها الأخذ بمبدأ المشروعية فى الدول القانونية .

بيد أنه يلزم ملاحظة أن فكرة التدرج لا تقتصر على القواعد القانونية، وانما هى شاملة لكافة الأعمال القانونية، سواء ما كان منها من القواعد العامة المجردة أو كانت من الأعمال القانونية الفردية كالقرارات الادارية الفردية والأحكام القضائية والعقود المبرمة بين الافراد . ولذلك يمكن القول بأن " تدرج الأعمال القانونية" يعنى تدرج كافة الأعمال التى يترتب عليها آثارا قانونية، بغض النظر عن مدى عموميتها ، فى حين أن تدرج القواعد القانونية يقتصر فحسب على تحديد مراتب القواعد العامة المجردة بما فى ذلك اللوائح الادارية، دون بقية التصرفات الادارية مثل العقود والقرارات الادارية الفردية .

واذا كان التدرج بين القواعد القانونية يقوم على أساس شكلى فحسب (٣) يرتكز على مرتبة السلطة التى أصدرت القاعدة القانونية والاجراءات المتبعة لذلك، وبالتالى يسمو الدستور على القانون الذى يسنه البرلمان ، وتعلو القوانين على اللوائح الصادرة من الادارة ، الا أن تدرج الأعمال القانونية يستلزم الأخذ حتما بالمعيار الموضوعى الى جانب المعيار الشكلى وذلك فى حالة فشل هذا الأخير فى تحديد مرتبة العمل . وهو الأمر الذى يتحقق بصدد تحديد مرتبة الأعمال الادارية الفردية واللائحية ، وكلاهما صادر عن السلطة الادارية وباجراءات متماثلة فى كثير من الحالات ، ولذلك يتحتم التمييز بينهما وتحديد مرتبتها الالزامية وفقا للمعيار الموضوعى، فتكون الأعمال الادارية التى تتضمن

---

(٣) راجع فى تفاصيل هذا الموضوع مؤلفنا : تدرج القواعد القانونية ومبادىء الشريعة الاسلامية ــ ١٩٨٦ ــ ص ٢٠ ومابعدها .

قرارات فردية أدنى مرتبة من تلك التى تتضمن قواعد قانونية عامة، أى اللوائح، ومن ثم تعتبر القرارات الادارية الفردية المخالفة للقواعد اللائحية باطلة لعدم مشروعيتها حتى ولو كانت القرارات الفردية صادرة عن هيئة ادارية أعلى درجة من الهيئة الادارية المصدرة للائحة[٤]•

ومع ذلك فانه يلزم ملاحظة أنه قد يوجد قرارات ادارية فردية تتمتع بمرتبة أعلى من اللائحة الادارية العادية مثل اللوائح التنفيذية أو لوائح الضبط ، وهوما يتحقق — وفقا للدستور الحالى فى مصر — بالنسبة الى تدابير الضرورة ذات الطابع الفردى ، والتى تصدر استنادا الى المواد ٧٤ و ١٤٧ و ١٠٨ أو استنادا الى قانون الطوارىء، فهذه القرارات — كما سنوضح فيما بعد — تتمتع بقوة القانون وفقا لنصوص الدستور أو تأسيسا على نظرية الضرورة القضائية•

ومن هنا يتعين التفرقة بين المرتبة الالزامية للعمل الادارى فى الظروف العادية ، وهذه المرتبة فى الظروف الاستثنائية ، وذلك قبل تحديد مدلول بطلان الأعمال الادارية المخالفة للأعمال الأعلى مرتبة•

---

(٤) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٥٥/١١/٥ قضية ١٥٩ لسنة١ق المجموعة السنة ١ رقم ٧ ص ٤١•

المبحث الأول
المرتبة الالزامية للعمل الادارى فى الظروف العادية

أشرنا سلفا الى أن تدرج الأعمال القانونية انما يعنى ان بعض هذه الأعمال يتمتع بقوة الزامية أعلى مما تتمتع به الأعمال الأخرى التى تليها فى المرتبة. والواقع أن مظاهر التدرج تقتصر حقا على القوة القانونية لهذه الأعمال، أو قوتها الالزامية أو مرتبتها الالزامية وكلها اصطلاحات تدل على معنى واحد، ولكنها - أى القوة الالزامية - تختلف تماما عن الطبيعة القانونية للعمل.

فبالرغم من أن القوة الالزامية للعمل ترتبط كقاعدة عامة بطبيعته القانونية، الا أنهما لا يتلازمان حتما، اذ يستطيع المشرع الدستورى أن يعدل من القوة العادية للعمل التى تتحدد على ضوء طبيعته القانونية، كاستثناء من هذه القاعدة العامة نتيجة ظروف واعتبارات معينة يقدرها لذلك.

والاصل أنه فى ظل مبدأ المشروعية، فان القواعد القانونية العامة تنقسم من حيث قوتها القانونية الى قواعد لها قوة الدستور وتمنح أساسا للقواعد القانونية التى يضعها المشرع الدستورى، وقواعد لها قوة القانون وتمنح كقاعدة عامة للقواعد التى يقررها المشرع البرلمانى، ثم قواعد لها قوة العمل الادارى وهى تلحق بالتشريعات اللائحية التى تصدرها السلطة التنفيذية، وبين هذه المراتب القانونية الرئيسية، يختلف الفقه حول تحديد القوة القانونية لغير ذلك من القواعد مثل المبادىء القانونية العامة والقواعد العرفية ولعل مرد هذا الخلاف أنها قواعد قانونية غير مكتوبة، ومن ثم وقع الخلاف حول مصدرها وأساس قوتها الالزامية.

واستثناء من هذا الأصل، يستطيع المشرع الدستورى - دون غيره - أن يعدل من القوة الالزامية للعمل القانونى كأن يعلو بقوة لوائح الضرورة، على سبيل المثال، الى قوة القانون تقديرا منه لخطورة الظروف الاستثنائية ومقتضياتها وهو ما قرره صراحة المشرع الدستورى المصرى فى المواد ١٠٨ ،

١٤٧ من دستور ١٩٧١ الحالى، كما أنه يستطيع فى حالات أخرى أن يهبط بقوة العمل الالزامية كأن يهبط مثلا بقوة القانون التى تتمتع بها بعض قواعد القانون القائمة الى قوة العمل الادارى أى قوة اللائحة، نتيجة اعتبارات محددة ، مثلما حدث فى فرنسا فى ظل دستور ١٩٥٨ الحالى بصدد القواعد القانونية السارية بعد صدور الدستور والتى أضحت موضوعاتها من الموضوعات المحتجزة للائحة وفقا للمادة ٣٧ من الدستور، وذلك بالشروط والاجراءات المنصوص عليها فى الدستور .

كما أنه بصدد بعض الأعمال القانونية التى لا ترتبط بسلطة عامة معينة، فان المشرع الدستورى يتولى تحديد السلطة المختصة بها والقوة الالزامية المقررة لهذه الأعمال بحسب ما يراعيه من اعتبارات سياسية أو قانونية او غير ذلك من الاعتبارات ، ومن أمثلة ذلك المعاهدات ، ففى مصر تختص السلطة التنفيذية وفقا للمادة ١٥١ من الدستور الحالى بسلطة عقد المعاهدات بصفة عامة، باستثناء بعض انواع المعاهدات التى تقضى هذه المادة بضرورة موافقة مجلس الشعب عليها ، وقد حرص المشرع الدستورى فى هذه المادة على تحديد القوة الالزامية للمعاهدات بكافة أنواعها فقرر أن لها قوة القانون . أما فى فرنسا فانه وفقا للمواد ٥٣ و ٥٤ من دستور ١٩٥٨ الحالى تتمتع المعاهدات بقوة أعلى من القوانين ، ولذلك فبالرغم من أن الأصل أن سلطة عقد المعاهدات فى فرنسا هى مما يدخل فى اختصاصات رئيس الجمهورية – مثلما هو الحال فى مصر – الا أن المعاهدات التى من شأنها تعديل النصوص ذات الطبيعة التشريعية هى" مما لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها الا بموجب قانون (م ٥٣) ، كما أنه " اذا قرر المجلس الدستورى ... أن تعهدا دوليا يتضمن شرطا مخالفا للدستور ، فلا يمكن الاذن بالتصديق أو الموافقة عليه الا بعد تعديل الدستور" (م٥٤) وهو ما يؤكد أن القوة الالزامية للمعاهدات فى فرنسا وان كانت" أعلى من القوانين " الا أنها لا تصل الى قوة الدستور .

غير أنه يلزم ملاحظة أنه اذا كان للمشرع الدستورى أن يعدل فى القوة الالزامية العادية للعمل القانونى، فيقرر مثلا أن للعمل الادارى فى حالة

الضرورة قوة القانون ، فانه لا يملك تعديل أو تغيير طبيعة العمل القانونية مهما كانت ظروف اصدار هذا العمل ، ومن باب أولى فانه اذا كان من حق السلطة التشريعية دستوريا ، اعادة تنظيم اختصاصات السلطة التنفيذية ، فان ذلك لا يمكن أن يستتبع الحق فى تغيير طبيعة العمل الادارى •

وعليه فان القرارات الصادرة من الادارة ، سواء كانت فردية أم لائحية وسواء صدرت فى الظروف العادية أم الاستثنائية، هى قرارات ادارية من حيث الطبيعة القانونية ، وان اختلفت قوتها الالزامية بحسب ظروف اصدارها وموقف المشرع الدستورى منها •

ولعل أهم ما يترتب على هذه التفرقة بين الطبيعة القانونية للعمل وقوتها الالزامية — وهى التفرقة التى يغفلها العديد من الفقهاء — هو خضوع كافة الأعمال الادارية، مهما كانت قوتها الالزامية ، للرقابة القضائية على مشروعيتها من جانب القضاء الادارى ، وهى الرقابة التى تتأسس على الطبيعة القانونية للعمل بلا جدال ، حيث يختص القضاء الادارى بفحص مشروعية العمل الادارى ، بغض النظر عما اذا كان هذا العمل يتمتع بقوته الالزامية العادية أم بقوة الزامية استثنائية خاصة، لأن هذه الاستثنائية ليس لها أدنى تأثير على خضوع العمل للرقابة القضائية أو عدم خضوعه لها ، اذ ينحصر تأثيرها فى تحديد مدى مشروعية أو عدم مشروعية العمل الادارى ، سيما من حيث مدى مطابقة محل العمل الادارى لقواعد القانون ، ومن ثم يتحول التساؤل من مرحلة تحديد مدى اختصاص القضاء الادارى بنظر المنازعات الادارية المتصلة بهذا العمل والتأكد من توافر شروط قبولها ، الى مرحلة فحص أوجه مشروعية العمل أو عدم مشروعيته •

وفى هذا الصدد نشير الى أن تدخل السلطات العامة الأخرى فى شأن أى عمل ادارى ليس له أى تأثير على الطبيعة القانونية لهذا العمل ، واذا كان من المسلم به أن تدخل السلطة القضائية بصدد الأعمال الادارية، وهو ما يتحقق بما يباشره القضاء من أوجه رقابة على هذه الأعمال ، لا يؤدى الى

المساس بطبيعة العمل الادارى من قريب أو بعيد ، فان تدخل السلطات العامة الأخرى وأثر هذا التدخل مازال محلا للجدل الفقهى وخاصة فيما يتصل بمسألة أثر موافقة البرلمان او اقراره لبعض الأعمال الادارية على طبيعتها القانونية وقوتها الالزامية، و كذلك أثر موافقة السلطة التأسيسية - على أثر استفتاء شعبى - على بعض الأعمال الادارية ، فيما يتعلق بطبيعتها وقوتها القانونية .

نخلص مما تقدم الى أن المرتبة الالزامية للعمل الادارى فى الظروف العادية ، تلى القواعد الدستورية والقواعد التشريعية الصادرة عن البرلمان علاوة على المبادىء العامة للقانون ، كما أنه من ناحية أخرى فان العمل الادارى الفردى كالقرارات الادارية الفردية وكذلك العقود ، علاوة على الأعمال المادية بطبيعة الحال ، تخضع بالاضافة الى القواعد القانونية سالفة الذكر ، للوائح الصادرة عن الادارة وللقواعد القانونية العرفية أيضا .

فبالرغم من أن اللوائح من عمل الادارة ، وأنها تستطيع الغاء اللائحة أو سحبها أو تعديلها ، الا أنها ملزمة بالخضوع لأحكامها طالما استمرت قائمة مطبقة ، وكذلك كل جهة يمنحها القانون اختصاصا فى شأن تنفيذها حتى لو كانت تلك الجهات أعلى فى الدرجة من التى أصدرت اللائحة ، ومن ثم فليس للادارة أن تصدر قرارات فردية مخالفة لتلك اللوائح والا كانت غير مشروعة .

المبحث الثانى
المرتبة الالزامية للعمل الادارى فى الظروف الاستثنائية

الأصل أنه يتعين على الادارة الالتزام بالقانون فى كل وقت وأيـــا كانت الظروف وذلك وفقا لمفهوم مبدأ المشروعية الذى سبق وأن حددناه.
بيد أن هذا المفهوم وان كان صالحا فى الأوقات والأزمنة الطبيعية، الا أنه يبدو صعب التطبيق فى أوقات الأزمات أو الاضطرابات التى لا تخلو من حياة أية دولة ، اذ قد يترتب على الاصرار على تطبيقه استفحال الأزمة بمـــا يوءدى الى انهيار الدولة ذاتها أو على الأقل تعريض سلامتها لمخاطر شديـــدة تعصف بوجودها وبكل ما حرص مبدأ المشروعية ذاته على المحافظة عليه.

وفى الواقع ، فكما يقال ، فان لكل أمر حسن وجهه العكسى السىء ، والوجه السىء لمبدأالمشروعية انه قد يترتب على تقيد الادارة على الأخـــص، بمبدأ سيادة القانون ، حدوث أضرار بليغة بالدولة فى حالة ما اذا حدث ظـروف استثنائية طارئة كالحروب والكوارث والأزمات ، لأن هذه القوانين لن تسعـف الادارة فى مواجهة تلك الظروف التى تقتضى سرعة مواجهتها للمحافظة على سلامة البلاد ودفع الأخطار والكوارث العامة.

ولذلك لم يكن هناك مفر من أن يتسع مبدأ المشروعية ليشمل هـذا الجانب الاستثنائى ، بما يمكن الادارة من التصرف بقدر من الحرية ومنحهـــا بعض السلطات الخاصة على النحو الذى وان كان يتعارض مع قواعد المشروعيـة العادية ، الاأنه يظل مع ذلك أمرا قانونيا ومشروعا ، وذلك فى اطار مـــن "المشروعية الاستثنائية" ، لأن سلامة الشعب هى القانون الأعلى الذى يجب أن يسمو على القوانين الوضعية وفقا لقول شائع" لشيشرون " بأن سلامـــة الشعب فوق القانون.

وتأصيلا لتلك المشروعية الاستثنائية، فان الفكر القانونى الحصيـــف شيد نظرية عامة امتدت الى كافة جوانب القانون لتكون اساسا قانونيا لكل خروج

على الحدود التى تضعها القوانين الوضعية العادية القائمة، وهى ما تمثلت فى " نظرية الضرور ة" التى تواجه تلك الظروف الاستثنائية ٠

وقد كان للقضاء الادارى، فى فرنسا على وجه الخصوص، دورا بارزا فى هذا التشييد فى نطاق القانون العام، وذلك بوضع الضوابط الدقيقة التى تنظم و تحدد هذا " الخروج على القوانين " من جانب الادارة وتكفل فى نفس الوقت رقابة فعالة، قادرة على ابقاء هذا الخروج داخل هذه الضوابط وتلك الحدود فى توازن دقيق بين اعتبارات المحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم، وسلامة الدولة ودفع الأخطار عنها ٠

ومن جهة أخرى سارع المشرع فى بعض الدول ، الى تبنى بعض تطبيقات هذه النظرية ،لينظمها فى قواعد محددة سلفا تمكن الجهات المعنية من مواجهة الظروف الاستثنائية أو بعضها بالطرق والأساليب وفى الحدود التى نص عليها اما بالقوانين العادية الصادرة من البرلمان أو فى النصوص الدستورية ذاتها ٠

ولذلك نجد كثيرا من دساتير الدول تنص على مثل هذه التطبيقات ، وتحدد السلطات الخاصة التى تخول فى الغالب للسلطة التنفيذية لمواجهة تلك الأوقات العصيبة ودفع أية أخطار جسيمة تتعرض لها الدولة٠

ومن ناحية أخرى تقوم القوانين من جانبها ، فى حدود مايسمح به الدستور، بمثل هذا الدور لصالح السلطة التنفيذية،ومن أكثر هذه القوانين انتشارا لدى الدول قوانين حالة الطوارىء ٠

وهذه النصوص الدستورية والتشريعية تخول للادارة عدة سلطات مميزة، أهمها سلطة اصدار لوائح الضرورة وهى قرارات ادارية لها قوة القانون ومن ثم تؤثر على العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، علاوة على بعض الاختصاصات الأخرى التى تحمل أساسا الطابع الفردى أوالتنفيذى ، مثل

كثير من القرارات الفردية والتدابير التى تصدر فى حالة الطوارىء أوالتعبئة العامة، وهى تدابير تمس غالبا العلاقة بين سلطات ادارية مختلفة كالعلاقة بين السلطتين المدنية والعسكرية .

وتعتبر نظرية "الضرورة" أو" الظروف الاستثنائية" أساس تلك السلطة الاستثنائية وان كنا نفضل اصطلاح نظرية" الضرورة" باعتبارها نظاما قانونيا نشأ لمواجهة وقائع غير عادية يطلق عليها" الظروف الاستثنائية" وذلك فى معظم الأحوال ، بحيث يشترط لتطبيق النظام القانونى لنظرية الضرورة ، توافر هذه الحالة الواقعية التى تتمثل غالبا فى أحد" الظروف الاستثنائية" التى تتنوع كثيرا مثل حالة الحرب وحالة الاستعجال وحالة الطوارىء.

وتطبق هذه النظرية على اللوائح التى تصدر فى ظل "الظروف الاستثنائية" الى جانب بعض اللوائح التى تصدر فى ظروف من الصعب تصورها استثنائية، ومع ذلك فهى تعد لوائح استثنائية لأنها تخرج على قواعد اللوائح العادية فى كونها تصدر فى نطاق القانون وأن لها قوة القانون، والمثال الوحيد لهذه اللوائح هو الأوامر التى تصدر فى فرنسا تطبيقا للمادة ٣٨ من الدستور، أما باقى اللوائح الاستثنائية الأخرى، فهى فى جوهرها لوائح عادية ـ ضبطية عادة ـ ولكن نظرا لصدورها فى ظل ظروف استثنائية ، فانها تتمتع بقوة القانون بالشروط التى يحددها الدستور عادة .

على أن هذه السلطة اللائحية الاستثنائية، وان كانت ضرورية للادارة الا أنها ليست حقا خالصا لها ، وانما هو اختصاص مقيد بضرورة توافر شروط معينة للجوء اليها وشروط أخرى لاصدارها وتطبيقها ، كما أن آثار استخدام تلك الاختصاصات محدد بنطاق معين لايجوز تجاوزه ، ومن ثم فمن الخطأ القول بأنه ليس للضرورة قانون ، اذ العكس هو الصحيح ، فالضرورة هى تنظيم قانونى وهو ما يعنى على الأقل خضوع أعمال الضرورة للرقابة حتى لا تتجاوز حدودها

وضوابطها القانونية (٥) .

وقد أخذ المشرع الدستورى فى فرنسا بنظرية الضرورة فى دستور ١٩٥٨ الحالى، فجاء بالمادة ١٦ التى تنظم حالة الضرورة بشأن بعض الظروف الاستثنائية المحددة، وأضاف اليه نص المادة ٣٨ التى تسمح للسلطة اللائحية بالتدخل فى نطاق القانون عن طريق الأوامر (اللوائح التفويضية) ولكون هذا التدخل يعد أمرا استثنائيا ، ولتمتع الأوامر بقوة القانون ، فاننا نعتقد أن هذا النص يدخل ضمن نطاق نظرية الضرورة ولو لم يستخدم بشأن ظروف استثنائية حقيقية •

أما المشرع الدستورى فى مصر فانه تبنى منذ دستور ١٩٢٣ نظرية الضرورة، فنظم تطبيقا لها فى المادة ٤١ منه يتميز على الأخص باشتراط غياب البرلمان الى جانب توافر الظروف الاستثنائية، وقد احتفظت كافة الدساتير المصرية بعد ذلك بهذا التطبيق حيث ينص الدستور الحالى عليه فى المادة ١٤٧ منه، ثم جاء دستور ١٩٥٦ بتطبيق ثان يتعلق باللوائح التفويضية التى تصدر استنادا الى اذن سابق من البرلمان ، وقد استمر كذلك هذا التطبيق فى الدساتير اللاحقة ، وهو المنصوص عليه فى المادة ١٠٨ من الدستور الحالى، وأخيرا جاء دستور ١٩٧١ الحالى بتطبيق ثالث يشبه الى حد ما تطبيق المادة ١٦ فى الدستور الفرنسى الحالى ، وذلك فى نص المادة ٧٤ من هذا الدستور •

---

(٥) راجع فى تفصيلات هذه السلطة مؤلفنا : لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية ــ ١٩٨٢ •
راجع أيضا : الاستاذ الدكتور عبد الحميد كمال حشيش : مبادىء القضاء الادارى ــ ١٩٧٧ ــ ص ٩١ ومابعدها •
الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد : سلطة الحاكم فى تغيير التشريع شرعا وقانونا ــ ١٩٨٤ ــ ص ٢٠٢ ومابعدها •

والى جانب هذه التطبيقات الدستورية، فان المشرع البرلمانى قام من جانبه بتنظيم لبعض الحالات التى تعد تطبيقا لنظرية الضرورة، لعل أكثرها ذيوعا وأهمية هو قانون تنظيم حالة الطوارىء أوالأحكام العرفية ، وذلك بالاضافة الى قوانين أخرى مثل قانون حالة الاستعجال فى فرنسا وقانون التعبئة العامة فى مصر .

ويمكن القول بأن لوائح الضرورة التى تصدر استنادا لهذه التشريعات الاستثنائية (رغم دوام سريانها) انما تندرج تحت طائفة اللوائح التفويضية، على أساس أن الادارة تتلقى سلطاتها اللائحية الاستثنائية من نصوص هذه القوانين التى تختص السلطة التشريعية وحدها باصدارها طبقا للدستور .

والخلاصة أنه يترتب على وقوع الظروف الاستثنائية، قيام حالة الضرورة التى تتيح للسلطة التنفيذية أن تتخذ الاجراءات الاستثنائية اللازمة لمواجهة هذه الظروف ، وتسمى هذه الاجراءات الاستثنائية بأعمال الضرورة، وهى قد تكون أعمالا مادية كما قد تكون أعمالا قانونية، وهذه الأخيرة قد تكون قرارات ادارية فردية، وقد تكون قرارات لائحية يطلق عليها اصطلاح" لوائح الضرورة" تأسيسا على صدورها ابان قيام حالة الضرورة، وتمييزا لها عن اللوائح الادارية التى تصدر فى ظل الظروف العادية .

وتتبلور آثار نظرية الضرورة فى ارتفاع القوة القانونية أو المرتبة الالزامية لتدابير الضرورة لتتمتع بقوةالقانون فى تدرج الأعمال القانونية، فاذا تمثلت هذه التدابير فى قرارات ادارية فردية، فانها تتمتع بقوة القانون ولها مخالفته ولكن دون أن يترتب عليها الغاء أحكام القانون محل المخالفة أو تعديلها ، حيث لايجوز الغاء نص عام الا بنص عام ، ولذلك فان أعمال الضرورة الأشد خطورة انما تتمثل فى لوائح الضرورة التى هى فى جوهرها أعمالا تشريعية، واذ تتمتع فى ظل الظروف الاستثنائية بقوة القانون، فانها تملك فى الواقع سلطة الغاء القوانين القائمة أو تعديلها أو تعطيل نفاذها. (٦)

---

(٦) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا : الرقابة على أعمال الادارة سالف الذكر ص ١٣٤ ومابعدها ، وراجع أيضا حكم للمحكمة العليا فى٥/٤/١٩٧٥ دعوى ٩ لسنة٤ق عليا دستورية ـ المجموعة القسم الاول ـ ص ٢٥٨ .

غير أنه يلزم التنويه الى أنه اذا كانت لوائح الضرورة تتمتع بلا جدال أو خلاف بمرتبة الزامية تعادل قوة القانون فى تدرج القواعد القانونية، فانه على العكس من ذلك، احتدم الخلاف الفقهى بل والقضائى حول الطبيعة القانونية لهذه اللوائح ومدى تأثرها بتمتع هذه اللوائح بقوة القانون ،وأثر تدخل السلطة التأسيسية وكذلك السلطة التشريعية بشأنها •

فمن المتفق عليه أن لوائح الضرورة هى من الأعمال الادارية من حيث طبيعتها القانونية ،وذلك استنادا للمعيار الشكلى السائد فقها وقضاء فى صدد تحديد طبيعة القواعد القانونية، حيث أن هذه اللوائح تصدر عن السلطة التنفيذية •

بيد أنه لما كانت لوائح الضرورة تصدر فى نطاق القانون بحيث تستطيع اللائحة أن توقف أو تعدل أو تلغى بعض أحكام القوانين ، فانه يكون من الطبيعى أن يمارس البرلمان الرقابة على ممارسة السلطة اللائحية للدور الذى كان ينبغى عليه أصلا القيام به•

لذلك تحرص بعض الدساتير على أن تتيح للبرلمان فرص التعبير عن ارادته بشأن أعمال الضرورة وتدابيرها ،وذلك بمنحه سلطة اقرار أو عدم اقرار هذه التدابير أو تعديلها ، وعلى الأخص اللوائح منها ، لما يفترض بشأنها من استمرار سريانها الى أن تلغى او تعدل بنص صريح•

وقد اتبع المشرع الدستورى فى مصر هذا الاسلوب بصدد اللوائح التشريعية التى تصدر فى غيبة مجلس الشعب وفقا للمادة١٤٧ من الدستور الحالى، وكذلك بصدد اللوائح التفويضية التى تصدر استنادا لما يصدره مجلس الشعب من قوانين بالتفويض وفقا للمادة ١٠٨ من الدستور الحالى ، حيث يتعيّن وفقا لهما أن تعرض " القرارات بقوانين " ـ أى لوائح الضرورة بصفة عامة ـ الصادرة استنادا اليهما على مجلس الشعب لاقرارها والموافقة عليها ،

والا زال ما كان لها من قوة القانون • [٧]

ومن ناحية أخرى فان المشرع الدستورى اتبع اسلوبا مغايرا بصدد الاجراءات التى تصدرها السلطة التنفيذية استنادا الى المادة ٧٤ منه، ومن بينها لوائح الضرورة والتى أطلقنا عليها اصطلاح لوائح الأزمات الخاصة [٨] ،حيث استلزم المشرع الدستورى بشأنها اجراء استفتاء عليها خلال ستين يوما من اتخاذها •

ومن هنا يثور التساؤل حول أثر اقرار البرلمان للوائح الضرورة ، وكذلك الاستفتاء الشعبى عليها ، بصدد طبيعتها القانونية وقوتها الالزامية •

١ ـ أثر اقرار البرلمان للوائح الضرورة على طبيعتها القانونية وقوتها الالزامية:

يذهب جانب من الفقه الى أن للمرسوم(وهو اصطلاح ينطبق على القرارات التى لها قوة القانون) فى هذه الحالة قوة القانون ، وبعد دعوة البرلمان وعرضه عليها وعدم رفضه يكون له قوة القانون بوجه نهائى ولكنه يبقى من الناحية الشكلية مرسوما بقانون ، أى قرارا اداريا ولا ينقلب الىقانون • [٩]

وتستفاد الصفة الادارية لهذه اللوائح من صياغة عبارة" •• تكون لها قوة القانون " التى يتضمنها النص السابق (نص م ٤١) والتى تدل على أنهذه

---

(٧) راجع بشأن مدلول عرض القرارات بقوانين على البرلمان ،ودورالسلطة التشريعية فى الرقابة على هذه القرارات ، مؤلفنا :الرقابة على أعمال الادارة سالف الاشارة ـ ص ١٣٨ وص ١٤٦ ومابعدها•

(٨) راجع مؤلفنا : لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية-١٩٨٢ـ ص ١١٣ ومابعدها •

(٩) الدكتور عبد الرزاق السنهورى ـ مقالته حول مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ـ مجلة مجلس الدولة ـ السنة ٣ ـ ص ٦١•

اللوائح وان كان لها قوة القانون الا أنها ليست بقانون • ولو أراد الشارع اعتبار هذه اللوائح من القوانين لما تعمد قصر المماثلة بينها على الحجية القانونيــــة لكل منها • ومما يؤيد هذا الاستنباط ان مبادىء الدستور تظل نافذة وقــــت صدور هذه اللوائح ، ودعامة هذه المبادىء جميعها مبدأ فصل السلطات (١٠) وبالتالى فان " المرسوم •• ليس قانونا ولكنه لائحة من لوائح الضـــرورة ، والدستور لم يشأ أن يعتبرها قانونا فهو اذ نص على أن تكون لها قوة القانــون لم يسحب عليها طبيعة القانون وان كان قد أضفى عليها قوة القانون" (١١) •

غير أن غالبية الفقه (١٢) ترى أن هذه اللوائح وان كانت فى الفترة السابقة على اقرار البرلمان لها ، تتصف بالطبيعة اللائحية وتتمتع بقوة القانون ، الا أنها بعد اقرارها بواسطة البرلمان ، فانها تتحول الى قوانين ، وتصبح فــى حكمها ، وبالتالى تكتسب الحصانة القضائية التى تتمتع بها القوانين فلا يجــوز الطعن ضدها بالالغاء أمام القضاء الادارى ، بعد أن كان ذلك الطعن جائزا قبل اقرارها من البرلمان ، اذ كانت خلال هذه الفترة قرارا اداريا يخضع لرقابة الالغاء•

ويستفاد من هذا الاتجاه الغالب، أن لإقرار البرلمان هذه اللوائح ، أثرا جوهريا يتمثل فى تحويلها من قرارات ادارية الى قوانين ، أى أن تلــــك

---

(١٠) الدكتور محمد زهير جرانه: الأمر الادارى ورقابة المحاكم القضائيــــة له فى مصر ـ القاهرة ١٩٣٥ ـ ص ١٥٨ •

(١١) الدكتور رياض شمس : الغاء القانون بمرسوم ـ الرجعية فى المراسيم ـ مجلة المحاماة السنة ٤٤ عدد ٤ و ٥ ص ٣٤٨ •

(١٢) الاستاذ الدكتور محسن خليل : مؤلفه فى القضاء الادارى مع الدكتور سعد عصفور ص ٢٢١ ، وانظر الاستاذ الدكتور محمود حافظ: القرار الادارى ص ٢٦٠ ، الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى :القرارات الادارية ص ٥١٩ ، الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: السلطة اللائحية للادارة فى الكويت ـ الطبعة الاولى ١٩٧٧ ـ ص ٧١ •وراجع فى تفصيلات هذا الاتجاه والاتجاهات المخالفة له مؤلفنا لوائح الضرورة سالف الاشارة ص ٩٦ وص ٢٧٩ ومابعدها •

اللوائح تكتسب بعد هذا الاقرار طبيعة القانون ، وهوما لا نراه صحيحا ، اذ أن طبيعة العمل الذى يصدره رئيس الجمهورية ، لا تتغير نتيجة تدخل البرلمان أو عدم تدخله ، وان كان من شأن هذا التدخل أن يؤكد قوة القانون لهذه اللوائح أو يزيلها ، فالرأى لدينا أنه يجب الاعتراف للعمل القانونى بطبيعة قانونية واحدة ثابتة ومؤكدة ، ومن ثم فانه وفقا للمعيار الشكلى وهو المعيار السائد فى صدد تحديد طبيعة الأعمال القانونية الصادرة من السلطات العامة ، تكتسب أعمال رئيس الجمهورية بصفته ممثلا للسلطة التنفيذية ، طبيعة الأعمال الادارية فى حين تكتسب الأعمال الصادرة من البرلمان وفقا للاجراءات الدستورية المقررة لسن القوانين ، طبيعة القانون ، فاذا تدخل البرلمان بخصوص لوائح الضرورة وذلك بالتصديق عليها ، فانه ليس من شأن هذا التصديق التأثير على الطبيعة الادارية لتلك اللوائح ، لان هذا التصديق لايكتسب صفة القانون ، اذ هو عمل رقابى يقوم به البرلمان ممارسة لوظيفته السياسية بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، وبالتالى لايكون له سوى مدى سياسى دون أن يكون له أى أثر قانونى على طبيعة اللائحة (١٣) ، بمعنى أنه ليس من أثر للتصديق سوى تأكيد قوة القانون لهذه اللوائح ، دون أن يعدل من طبيعتها ، فتظل مجرد لوائح تتمتع بقوة القانون نتيجة خصيصتها الاستثنائية ، ومن ثم تظل هذه اللوائح خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها ودستوريتها ، دون أن يؤثر على هذا الخضوع تصديق البرلمان ، حيث لايملك المجلس النيابى تصحيح اللائحة اذا صدرت غير مشروعة ، لما يعنيه ذلك التصحيح من تحصين لقرار ادارى من رقابة القضاء وهو ما يعد مخالفا لنص المادة ٦٨ من الدستور الذى يحرم هذا التحصين صراحة .

غير أنه قد يتم اقرار البرلمان للوائح الضرورة عن طريق الموافقة على قانون بالمعنى الفنى الدقيق ، أى باتباع ذات الاجراءات التى يتم بها سن القوانين من مناقشات وتصويت ، وفى هذه الحالة ، فان هذا القانون بما

---

(١٣) MIGNON, Nature et effets juridique d'une téchnique législative d'exception mais d'utilisation répeteé: Le décret - loi, D. 1948. 144.

يحتويه من قواعد وأحكام وردت فيهذه اللوائح، يكون نافذا وواجب التطبيق بدلا من اللائحة ، التى تسقط وتتوقف آثارها بمجرد اقرار البرلمان للقانون الذى تضمن أحكامها ، وان كانت تظل خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها طوال الفترة التى كانت نافذة خلالها ، وذلك قبل سريان ونفاذ القانون الذى أقره البرلمان •

واذا كان الرأى السائد فى فرنسا هو تحول طبيعة اللوائح بعد تصديق البرلمان عليها الى قانون ، فلعل مرد ذلك هو عدم الاعتراف بحق القضاء فى الرقابة على دستورية القوانين ، وبالتالى يؤدى تحول اللائحة الى قانون ، الى عدم خضوعها للرقابة القضائية •

بيد أنه فى مصر ، وازاء اختلاف النظام القانونى الذى يخضع له القانون عن مثيله فى فرنسا ، وخاصة من حيث الرقابة القضائية، فانه ليس من المفيد الأخذ بالرأى السائد فى فرنسا ، حيث تتضاءل الأهمية العملية لهذا الرأى الى حد كبير نظرا لخضوع القانون فى مصر لرقابة المحكمة الدستورية العليا فلا يكون مجديا اذن اضفاء صفة أو طبيعة القانون على لائحة الضرورة نتيجة تدخل البرلمان ، اذ أن ذلك لن يمنع من خضوعها لرقابة القضاء على دستوريتها ، بالاضافة الى أن احتمال سقوط الحق فى رفع دعوى الالغاء ضد هذه اللائحة نتيجة اقرارها ، هو أمر قليل الاهمية عملا ، لأن البرلمان لا يتمكن فى الغالب من التصديق على تلك اللوائح الا بعد مرور فترة طويلة من الزمن ، تحتفظ اللائحة خلالها بالطبيعة الادارية ، دون " ، وبالتالى يجوز رفع دعوى الالغاء بشأنها طوال هذه الفترة•

ونحن لا ندرى الحكمة أو العلة من التمسك باضفاء طبيعة القانون على هذه اللوائح نتيجة تصديق البرلمان عليها ، وذلك دون سند دستورى ، فاذا كانت العلة هى تبرير مخالفة هذه اللوائح للقوانين وتعديلها ، فيكفى الاعتراف لتلك اللوائح بقوة القانون دون طبيعته، وهو ما قرره الدستور ذاته ، اما اذا كانت الحكمة هى تحصين هذه اللوائح من الرقابة القضائية بعد التصديق عليها ،

فهو أمر لا تستوجبه الضرورة ،كما أنه وان تحقق فى فرنسا ، الا أنه لايتحقق فى مصر بنفس الدرجة، بل ولايجوز تحقيقه حيث حظرت المادة ٦٨ من الدستور تحصين الأعمال والقرارات الادارية من رقابة القضاء.

أكثر من ذلك ،فاننا اذا أخذ بمنطق تحول طبيعة اللائحة الى طبيعةالقانون نتيجة ممارسة البرلمان لدوره الرقابى وتصديقه على اللائحة ، فانه بنفس المنطق يمكن القول بأن قيام القضاء بممارسة رقابته على اللائحة من شأنه تحول اللائحة لتصبح حكما قضائيا ، وهو قول لا جدال فى فساده ، حيث أن نتيجة الرقابة القضائية تقتصر على حيازة الموضوع محل النزاع أو الخصومة قوة الشيء المقضى بعد أن كان متنازعاحوله.

يؤيد ذلك أيضا أن تدخل بعض السلطات فى شأن بعض الأعمال الصادرة من سلطات أخرى بالتصديق عليها لا يؤثر فى طبيعة هذه الأعمال ، ومن ذلك على سبيل المثال تصديق رئيس الجمهورية أو الوزير المختص على الأحكام القضائية الصادرة من بعض المحاكم الخاصة كمحاكم أمن الدولة، اذ لاجدال فى احتفاظ هذهالأحكام بطبيعة العمل القضائى، وذلك بالرغم من السلطات الضخمة التى يملكها رئيس الجمهورية عند عرض الأحكام عليه للتصديق ، حيث يكون له الغاء الأحكام مع حفظ الدعوى أو الغاءها مع الأمر باعادة المحاكمة لدى دائرة أخرى أو تخفيف العقوبات المحكوم بها أو التبديل بها عقوبات أقل ، أو الغاءها كلها أوبعضها أصلية كانت أو تبعية أو وقف تنفيذها كلها أو بعضها. (١٤)

---

(١٤) يراجع فى ذلك الدكتور سعد عصفور ــ النظام الدستورى ــ ص ١٥٨ ومابعدها ، وفى هذا الصدد نشير أيضا الى حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٦/٤/٢٥ القضية ١١١١٥ لسنة ٨ ق ،المجموعة السنة ١٠ رقم ٣٢٣ ص ٣١١ ، وفيه قضت بصدد أحكام الهيئة القضائية فى شبه جزيرة سيناء والصحراوات الغربية والشرقية =

ويبدو أن جانبا من الفقه الفرنسى يميل الى الأخذ بمثل هذا الرأى ـ وكان ذلك بمناسبة تحديد طبيعة الأوامر التفويضية الصادرة استنادا الى المادة ٣٨ من الدستور ـ اذ أن هذا الجانب يعتبر أن اقرار البرلمان للائحة الضرورة لا يؤدى حتما الى تعديل الطبيعة القانونية للعمل ، وأن مقتضيات الاقرار لا تنفى ولا تؤيد الطبيعة اللائحية للأوامر التفويضية، حيث يمكن أن يعد هذا الاقرار مجرد تعبير عن وجود البرلمان وتحقق السلطة التشريعية من احترام السلطة اللائحية لحدود قانون التفويض، كما أنه من الغريب الا نعترف لقانون التفويض بأى تأثير على الطبيعة القانونية للأوامر مقدما ، ونقرر أنه من المستحيل عليه ذلك ، ثم نعود للاعتراف لقانون التصديق

= والجنوبية بأن " قرارات هذه المحكمة وأحكامها قرارات وأحكام قضائية لها ما للقرارات والأحكام القضائية الاخرى من قوة وحصانة رتبها لها المشرع " ولم يؤثر على ذلك فى تقدير المحكمة تدخل الوزير المختص بالتصديق على هذه الأحكام والقرارات حيث اعتبرت قرار التصديق " قرارا قضائيا لأنه صدر بالتصديق على أعمال قضائية ومن ثم يخرج عن اختصاص هذه المحكمة" .

كما نشير كذلك الى حكم آخر لنفس المحكمة لعله أكثر وضوحا وتأكيدا لاتجاهنا ، وهوحكمها فى ١٩٥٣/٢/٢٦ فى القضية ٢٥٥ لسنة ٥ ق ، المجموعة السنة ٧ رقم ٣٣٥ ص ٥٦٦. وفيه قضت المحكمة بأن " موافقة البرلمان على طلب الجهات الادارية الغاء الوظائف واستبدالها بغيرها لا يغير من طبيعة هذه الاعمال الادارية ولا يخرجها من رقابة هذه المحكمة ، فانه لانزاع فى أن السلطة التنفيذية هى صاحبة الرأى الأعلى فى انشاء الوظائف والغائها واستبدال غيرها بها وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة. وهى ان تصرفت فى ذلك فى ظل الرقابة البرلمانيةفان هذه الرقابة وحتى موافقة البرلمان على اعمال السلطة التنفيذية فى شكل قانون عند عرض مشروع الميزانية عليه لا تأثير لها على طبيعة الأعمال الادارية التى اقترحتها الحكومة وضمنتها ذلك المشروع، بل تظل هذه الاعمال رغم تدخل البرلمان فيها قرارات ادارية، تخضع للرقابة القضائية لجميع قرارات السلطة التنفيذية الادارية الداخلة فى ولاية هذه المحكمة" .

بهذا التأثير وبأثر رجعي[١٥] . وفي تقدير البعض بحق أن " القواعـــــد الدستورية في فرنسا (وكذلك الأمر في مصر) تميز بين الأجهزة التشريعيـة والاجهزة الادارية ، ولذلك فان الاعمال التي توضع بواسطة الاجهزة الاداريـة لايمكن أن تعتبر كأعمال تشريعية، وهو ما أكده القضاء الاداري حتى اليـوم، ولذلك فان أي استثناء على هذا الأمر يجب أن ينص عليه الدستور ، واستنــادا الى ما تقدم ، فان ملاحظة قواعد الدستور بشأن أوامر التفويض تنبئ بوضـوح تام عن أن نية المشرع الدستوري لم تتجه الى أكثر من منح قوة القانون لهــذه اللوائح دون طبيعته.[١٦]

وفي الواقع فان هذا الرأى الذى نتمسك به ــ منذ نادينا به فـــي رسالتنا للدكتوراه التي نوقشت في مارس ١٩٨١ ، على خلاف الغالبية العظمـى من الفقه ــ والذى يقوم على التفرقة بين الطبيعة القانونية للوائح الضـــرورة وقوتها الالزامية، فيعترف لها منذ صدورها الى زوالها بطبيعة العمـــل الادارى وبقوة القانون ، دون أن يؤثر على ذلك اقرار السلطة التشريعية لها ، يتفق تماما مع مذهب المشرع الدستورى في مصر ، الذى لايعترف لرئيس الجمهورية وفقـا للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ ، سوى بسلطة اصدار " قرارات لها قوة القانـــون " أى أنها من حيث الطبيعة " قرارات" ومن حيث القوة الالزامية" لها قـــوة القانون " .

يؤكد ذلك أن لرئيس الجمهورية وفقا لهذه النصوص أن يصدر قـرارات فردية لها قوة القانون ، وهي قرارات يتعين عرضها على البرلمان لاقرارها، مثلها في ذلك مثل القرارات اللائحية ، ومع ذلك فانه لايسوغ القول بأن تدخـــل البرلمان واقراره لتلك القرارات الفردية يؤدى الى تحويلها الى قوانين .

---

(١٥) DEBBACH, Les ordonnances de l'article 38 dans la Constitution du 4 Oct. 1958, J.C.P. 1962. 1701, No.10.

(١٦) BATAILLER, Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel, L.G.D.J., 1966, p.204.

ومن هنا كان حرص المشرع الدستورى على استخدام اصطلاح "القرارات" وهو المصطلح الشائع تخصيصه للأعمال الادارية القانونية المنفردة سواء كانت لائحية أم فردية ، دون أى اصطلاح آخر.

ومن الجدير بالاشارة ملاحظة أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر، قد اتجهت الى اعتناق هذا الرأى بصدد طبيعة القرارات بقوانين وقوتها الالزامية، ففى حكمها الصادر فى ٤ مايو ١٩٨٥م والذى قضت فيه المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الاحوال الشخصية، رأت المحكمة أن الفرصة سانحة لتعلن "ان اقرار مجلس الشعب للقرار بقانون ... لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون، دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا الاقرار فى ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور الى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها واصدارها القواعد والاجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد والا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون" . (١٧)

٢ ـ أثر موافقة السلطة التأسيسية على لوائح الضرورة :

استحدث المشرع الدستورى فى مصر تطبيقا جديدا لنظرية الضرورة، وذلك فى نص المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١ الحالى، الذى يقضى بأن "لرئيس الجمهوريه اذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن، أو يعوق موءسسات الدولة عن اداء دورها الدستورى، أن يتخذ الاجراءات السريعة

---

(١٧) راجع الحكم بالجريدة الرسمية الصادرة فى ١٦ مايو ١٩٨٥ ـ عدد ٢٠ ـ ص ٩٨٤ و ٩٩١ .

لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بيانا للشعب ، ويجرى الاستفتاء على ما اتخـذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذه" (١٨)

والاجراءات السريعة المشار اليها فى هذا النص تتضمن فى تقديرنـا القرارات الادارية اللائحيةالتى يلزم اصدارها لمواجهة هذه الظروف الاستثنائيـة، وقد اطلقنا على هذه القرارات اصطلاح" لوائح الازمات الخاصة" تمييزا لها عـن اللوائح التفويضية واللوائح التشريعية والأوامر العسكرية التنظيمية، وكلهـا يجمعها اصطلاح " لوائح الضرورة" • (١٩)

وعلى خلاف اللوائح التفويضية واللوائح التشريعية التى استلـزم المشرع الدستورى عرضها على مجلس الشعب لاتخاذ مايلزم بشأنها ، فان المشرع الدستورى آثر بالنسبة لاجراءات المادة ٧٤ بصفة عامة أن تعرض على السلطـة التأسيسية فى استفتاء شعبى لابداء الرأى بشأنها ، ومن ثم يلزم علينا أن نحدد آثار هذا الاستفتاء على الطبيعة القانونية والقوة الالزامية لاجراءات المادة ٧٤ وعلى الأخص لوائح الأزمات الخاصة منها •

---

(١٨) راجع فى تفاصيل النظام القانونى لهذه المادة والرقابة على تطبيقها ، موءلفنا : لوائح الضرورة سالف الذكر ـ ص ١٣٣ ومابعدهـا ـ راجع ايضا الاستاذ الدكتور محمد [illegible] عبد العال : رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الادارى الصادره بالتطبيق للمادة ١٦ مـن الدستور الفرنسى والمادة ٧٤ من الدستور المصرى ـ ١٩٨٣/٨٢ •

(١٩) راجع فى طبيعة اجراءات المادة ٧٤ وعلى الأخص لوائح الأزمـات الخاصة منها موءلفنا : الرقابة على أعمال الادارة ، سالف الذكـر ـ ص ٢٨٧ ومابعدها •

والأصل أن الاستفتاء الشعبى هو وسيلة تحقيق الرقابة السياسية الشعبية على أعمال السلطة التنفيذية ،حيث تعرض مسألة ما على هيئة الناخبين لأخذ الرأى فى شأنها عن طريق التصويت.

ويعتبر الاستفتاء من الاستفتاءات الشخصية اذا كان التصويت على شخص معين كالاستفتاء على رئيس الجمهورية اذا كان المرشح الوحيد لذلك (٢٠) بينما يعتبر الاستفتاء من الاستفتاءات الموضوعية اذا تم التصويت على تصرف أو اقتراح معين كالاستفتاء على قانون أو معاهدة أو اقتراح بها ، ومع ذلك فقد يكون هذا الاستفتاء فى حقيقته من الاستفتاءات الشخصية ، اذا تعلق فى الواقع بصاحب هذا التصرف أو الاقتراح، بحيث اذا أبدى الشعب موافقته على التصرف، فان ذلك يعد منحا للثقة فى صاحب التصرف، أما اذا كانت نتيجة الاستفتاء هى رفض الشعب لهذا التصرف، فان هذا الرفض يعنى حجب الثقة عن صاحب التصرف.

ولذلك يلزم التفرقة بين نوعين من الاستفتاءات الموضوعية: أولهما الاستفتاء التشريعى أو الدستورى وهو الذى يتعلق بقبول أو رفض قاعدة عامة مجردة تشريعية أو دستورية ، وثانيهما الاستفتاء السياسى ويتعلق بمسألة مختلف فيها أو محل للتشكيك فى مدى موافقة الشعب عليها ورضائه عنها أو عمن يتولى مسئوليتها. (٢١)

---

(٢٠) يطلق الاستاذ الدكتور ماجد الحلو على هذا النوع من الاستفتاءات اصطلاح" الاستراَس" راجع مؤلفه فى الاستفتاء الشعبى والشريعة الاسلامية ـ ١٩٨٣ ـ ص ٧٩ ومابعدها ـ وراجع فى الاستفتاء بصفة عامة .

DENQUIN, Référendum et plébiscite, Essai de théorie générale, 1976.

(٢١) انظر فى التفرقة المشار اليها الاستاذ الدكتور سعد عصفور :النظام الدستورى سالف الذكر ص ١٦ الاستاذ الدكتور عبد الحميد متولى : ازمة الانظمة الديمقراطية ـ الطبعة ٢ ـ ص ٢٠٠ الاستاذ الدكتور محمود حافظ : الوجيز فى النظم السياسية ـ ١٩٧٦ـ ص١٥١

وفى رأينا أن الفارق بين الاستفتاء الدستورى أو التشريعـــــــى والاستفتاء السياسى ، يتمثل فى أن الأول يتميز بأنه ملزم من حيث اجرائـــه ونتيجته، فى حين أن الثانى ليس و جوبيا فى اجرائه أو فى نتيجته.

وتأسيسا على ذلك فاننا نعتبر أن الاستفتاء على اجراءات المادة ٧٤ ومن بينها لوائح الازمات الخاصة ، هو استفتاء سياسى يقصد منه الحصول علـــى ... الشعب على سياسة وتصرفات رئيس الجمهورية بشأن الازمة التـــــى استوجبت الالتجاء الى المادة ٧٤ والاجراءات التى اتخذت تطبيقا لذلك، أى أن هدفه أو جوهره هو ابداء الثقة فى شخص رئيس الجمهورية وتأكيدها بمناسبـــة سياسته التى اتبعها خلال الإزمة.

فالاستفتاء المنصوص عليه فى المادة ٧٤ وان كان وجوبيا من حيث اجرائه الا أنه ليس كذلك من حيث نتيجته، بدليل أن لمجلس الشعب الحـــق فى مخالفته ، وهو ما جرى عليه العمل فعلا عند تطبيق المادة ٧٤ عـــام ١٩٧٧ ، وبذلك يتخلف الشرط الثانى من شروط اعتباره استفتاء تشريعيا ، الا وهو شرط أن يكون وجوبى من حيث نتيجته، وبالتالى يعد استفتاء سياسيا.

يؤكد رأينا أنه من الضرورى أن يعرض فى الاستفتاء كافة (الاجراءات السريعة) التى اتخذت تطبيقا للمادة ٧٤ سواء ما كان منها عاما كلوائح الازمات الخاصة، أو خاصا كالاجراءات والقرارات الفردية، وذلك على خلاف ما ذهـــب اليه البعض من أن (ما يتعين عرضه على الاستفتاء هو الاجراءات ذات الطابـــع العام دون الاجراءات الفردية وذلك أنه لا يتصور أن يعرض على الاستفتاء العام القبض على شخص أو ايقاف موظف عن عمله أو فصله منه، فتلك أمور ليســـت بطبيعتها مما يصلح للاستفتاء الجدى، و ليس من المعقول أن يطلب مــــن بضع ملايين من الاشخاص أن يدلوا برأيهم حول وضع شخص معين تحت الحراسة أو فصله من وظيفته أو ما الى ذلك) (٢٢)

---

(٢٢) الاستاذ الدكتور يحيى الجمل ــ نظرية الضرورة فى القانون الدستـــورى ص٢٠٣ ، الدكتور احمد مدحت على ــ نظرية الظروف الاستثنائية ــ القاهرة ١٩٧٧، ص ١٠٣.

فالواقع أن هذا الرأى يعوزه السند القانونى، والدستور لم يفرق بين الاجراء العام والاجراء الفردى بخصوص هذا الاستفتاء الذى لايهدف تقريـــرأى نوع من الرقابة الشعبية على هذه الاجراءات ، لذا لا يصح القول بتفرقـــــة تحكمية قد تؤدى أحيانا الى زوال الحكمة المستهدفة من هذا الاستفتاء، وهـــى أخذ رأى الشعب فى سياسة وتصرفات الرئيس ابان قيام الظروف الاستثنائية التى دفعته الى الالتجاء للمادة ٧٤ .

وتأسيسا على ذلك ، فمن الطبيعى أن يعرض للاستفتاء كافـــــة الاجراءات التى اتخذت تطبيقا للمادة ٧٤ سواء العامة منها أو الفرديـــة ، لان الاجراءات الفردية قد تكون أشد تأثيرا على الرأى العام من الاجراءات العامـة، فالقبض على رئيس مجلس الشعب أو عدد من أعضائه، وايقاف رئيس الـــــوزراء أو عدد من الوزراء ، وفصل رئيس المحكمة الدستورية العليا أو رئيس مجلـــس الدولة أو رئيس محكمة النقض أو أى عدد من القضاة، هى أمور أشد خطـــورة وأبلغ أثرا من اصدار قرار بقانون يتضمن تشديد عقوبة أو اعفاء ضريبى، ممايتعين معه ضرورة علم الشعب بها واستفتائه بشأنها والا ضاع كل أثر لرقابة الـــرأى العام.

وقد تحقق ذلك فعلا خلال التطبيق الثانى للمادة ٧٤ فى سبتمبـــر ١٩٨١ حيث تم الاستفتاء على كافة الاجراءات المتخذة وفقا للمادة ٧٤ وهـــى اجراءات اتسمت بالطابع الفردى .

واستنادا الى أن طبيعة الاستفتاء الذى نص عليه الدستور فى المـادة ٧٤، هى أنه استفتاء سياسى وليس استفتاء تشريعيا ، فان نتيجة هــــذا الاستفتاء لايكون لها أى أثر لا على الطبيعة القانونية للاجراءات محـــــل الاستفتاء ولا على قوتها القانونية ولا على مشروعيتها أو صلاحيتها أمام القضـــاء أو البرلمان .

ولذلك ليس صحيحا ما يذهب اليه جانب من الفقه من (أن شرعيـــة

هذه الاجراءات متروكة للاستفتاء الشعبى فاذا وافق عليها تحولت الى اجراءات شرعية بحسب طبيعتها ٠٠٠ باعتبار أن الشعب هو مصدر السلطات ولا معقب على رأيه) (٢٣) بمعنى أن (الاستفتاء من الناحية القانونية يضفى على الاجراء موضوع الاستفتاء حماية معينة مصدرها انه يصبح بعد الاستفتاء مستندا الى ارادة الشعب ٠٠٠ وأنه يمكن تكييف الاستفتاء الشعبى هنا على انه بديل للرجوع الى البرلمان ٠٠٠ وأنه اذا وافق الشعب على اجراء معين قام به رئيس الجمهورية فان معنى ذلك اسناد القرار الى الارادة الشعبية نفسها باعتبار ان تلك الموافقة هى نوع من الاقرار اللاحق أو التصديق) (٢٤)

يؤيد ذلك انه فى فبراير ١٩٧٧ وبمناسبة تطبيق المادة ٧٤ فى مصر والذى تمثل فى لائحة الازمات الخاصة الصادرة فى صورة القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧، فقد نصت المادة العاشرة منه على أنه يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره، وهو مايعنى أن سريان هذه الاجراءات التى وردت بالقرار بقانون لا يتأثر بنتيجة الاستفتاء ، حيث نصت المادة ١١ الأخيرة من هذا القرار على أن (يطرح هذا القرار بقانون اعمالا للمادة ٧٤ من الدستور على الاستفتاء الشعبى خلال أسبوع من تاريخ نشره) ٠

وقد تم فعلا هذا الاستفتاء بعد اسبوع واحد من اتخاذ اجراءات المادة ٧٤ حيث وافق الشعب بأغلبية ضخمة عليها ، ولاشك أن هذه الموافقة فى تلك المدة القصيرة التى لا تتيح أية فرصة لدراسة قانونية متعمقة ، تثبت رأينا فى طبيعة هذا الاستفتاء ، اذ لو كان الهدف هو الحصول

---

(٢٣) الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ـ القرارات الادارية ١٩٧٦ ص ٥٣٦ ـ ٥٣٧ ٠

(٢٤) الاستاذ الدكتور يحيى الجمل ـ نظرية الضرورة ص ٢١٠ و ٢١٦ ٠ ويلاحظ أنه يقرر أن "ارادة الشعب التى عبر عنها فى الاستفتاء هى من قبيل ارادة المشرع العادى لا المشرع التأسيسى" أى باعتباره سلطة تشريعية ، وهو مايفيد حق البرلمان فى تعديل والغاء هذا الاجراء باعتباره سلطة مساوية فى المرتبة لارادة الشعب كسلطة تشريعية ، بالاضافة الى امكانية الرقابة القضائية على دستوريتها بواسطة المحكمة الدستورية العليا ٠

على موافقة الشعب على الاجراءات باعتبارها تشريعا لتركت له الفرصة الكاملة لدراستها خاصة وان الدستور يبيح ذلك بتحديدة لمدة الستين يوما التى يمكن خلالها ان يجرى الاستفتاء.

هذه خلاصة رأينا بصدد طبيعة الاستفتاء على اجراءات المادة ٧٤ وأثره عليها ، نادينا به فى رسالتنا للدكتوراه التى نوقشت فى مارس ١٩٨١ قبل التطبيق الثانى للمادة ٧٤ فى مصر فى سبتمبر [illegible] ، وكنا [illegible] توقعنا [illegible] جهة القضاء الادارى فى مصر الأخذ بهذا الرأى خلافا للآراء الفقهية المعارضة لذلك ، واستدللنا على هذا " التوقع" بما سبق وأن اتجهت اليه محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢٩ ابريل ١٩٧٩ بشأن استفتاء الشعب على بيان ٣٠ مارس ١٩٦٨ ، حيث قضت المحكمة بأن " بيان ٣٠ مارس ليس فى مقام الدستور ، فهو لايعدو أن يكون بيانا سياسيا تسترشد به الدولة فى تسيير دفة الأمور فى فترة ما بعد عدوان سنة ١٩٦٧ ، وان موافقة الشعب على هذا البيان لا تعدو أن تكون تأييدا سياسيا للحكومة فى الخطوط العامة لسياستها التى سوف تلتزم بها فى هذه الفترة ... ومن ثم فان هذا البيان لا يعد فى حد ذاته قاعدة تشريعية تتقيد بها المحاكم ، بل هو قاعدة سياسية تلتزم بها الحكومة أمام الجهات السياسية" .(٢٥)

وقد تحقق ما توقعناه من محكمة القضاء الادارى حيث قضت فى ١٩٨١/١٢/٢٢ فى الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ ق باختصاصها بنظر المنازعات فى اجراءات المادة ٧٤ حتى ولو تم الاستفتاء عليها ، تأسيسا على أن " دور الشعب فى الاستفتاء بالنسبة الى هذه القرارات انما هو دور سياسى مؤداه الموافقة أو عدم الموافقة على اصدارها ، وليس من شأنه التغيير من طبيعتها القانونية أو من مشروعيتها ، فالشعب يوافق عليها بحالتها عند صدورها فاذا كانت لها الطبيعة اللائحية قبل الاستفتاء ، ظلت لها هذه الطبيعة بعده ، واذا كانت قد صدرت غير مشروعة تظل كذلك بعد الاستفتاء ، فهو لايطهرها

---

(٢٥) القضية رقم ١٦٠٦ لسنة ٢٢ ق ، المجموعة السنوات ٢١ : ٢٣ ـ رقم ٣٦٥ ص ٦٧٣.

من العيوب، والدور السياسى للشعب فى الاستفتاء لا ينقلب الى دور تشريعى يمكن أن يغير من طبيعة القرارات او من عدم مشروعيتها لأن الشعب فى مصر لايمارس حقه فى التشريع مباشرة ، انما بواسطة السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية فى بعض الأحوال ٠ "

وقد أكدت المحكمة هذا بالاتجاه القضائى بعد ذلك فى حكمها الصادر فى ١٩٨٣/٤/١٢ فى الدعوى رقم ٩٣٤ لسنة ٣٦ ق ، حيث قضت بأن " موافقة الشعب على القرار المطعون فيه ـ وهو أحد اجراءات المادة ٧٤ ـ فى الاستفتاء الذى أجرى عليه، لا تغير هى الاخرى من طبيعته كقرار ادارى ، فهذه الموافقة لا تعنى أكثر من تأييد القرار سياسيا ، فيبقى القرار على طبيعته وعلى حالة من المشروعية أو عدم المشروعية" ٠ (٢٦)

وبدورها أكدت المحكمة الدستورية العليا فى١٩٨٦/٦/٢١ هذا القضاء، حيث حكمت بأن" الموافقة الشعبية على مبادىء معينة طرحت فى الاستفتاء لا ترقى بهذه المبادىء الى مرتبة النصوص الدستورية ٠٠٠ وبالتالى لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادىء من عيب مخالفة الدستور ، وانما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور فتتقيد بأحكامه ، وتخضع بالتالى لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية" (٢٧) ٠

---

(٢٦) وقد أيد هذا الاتجاه الاستاذ الدكتور ماجد الحلو: الاستفتاء الشعبى سالف الذكر ـ ١٩٨٣ـ ص ٢٢٨ وص ٢٧٩٠
والدكتور حسنى درويش عبد الحميد: المادة٧٤ منالدستور بينالنظرية والتطبيق ـ مجلة العلوم الادارية ـ السنة٢٦ـ العدد الأول ـ يونيو ١٩٨٤ـ ص ١٣٥٠

(٢٧) حكمها ١٩٨٦/٦/٢١ قضية ٥٦ لسنة٦ق ، المجموعة الجزء ٣ ص ٣٥٣٠

خلاصة ما تقدم أن أعمال الضرورة بصفة عامة واللوائح منها بصفة خاصة وان تمتعت بقوة الزامية تعادل قوة القانون ، الا أنها لا تعد قوانين من حيث طبيعتها القانونية ، بل تظل عملا اداريا حتى ولو تدخلت السلطة التأسيسية ووافقت عليها من خلال استفتاء شعبى ، أو — من باب أولى — تدخلت السلطة التشريعية وأقرتها بالتصديق عليها ، ففى كل الأحوال تبقى اللوائح الصادرة فى الظروف الاستثنائية أعمالا ادارية ، تخضع بهذه المثابة لرقابة القضاء الادارى على مشروعيتها ، بصفته الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتصلة بالقرارات الادارية ، بغض النظر عن قوتها الالزامية وما اذا كانت قوة العمل الادارى أم قوةالقانون ، بحيث اذا تبين لها مخالفة هذه القرارات لما يعلوها من أعمال قانونية ذات مرتبة الزامية أعلى ، قضت بالغاء القرارات المخالفة اما لبطلانها أو لانعدامها .

المبحث الثالث
بطلان الأعمال الادارية

يترتب على مخالفة الادارة لمبدأ المشروعية وخروجها على أحكـــام القانون بطلان عملها سواء كان عملا ماديا أم كان عملا قانونيا ، فيؤدى بطــلان العمل المادى الى انهائه وازالة آثاره واعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوعـــه أو على الأقل الالتزام بالتعويض عن الأضرار التى ترتبت عليه ، كما يؤدى بطلان العمل القانونى والحكم بالغائه الى زوال هذا العمل وما ترتب عليه بأثر رجعى.

ويتمسك فقه القانون العام بالتفرقة بين ثلاث درجات من البطلان: (٢٧)

أولا : الانعـــدام :

وهو جزاء تخلف ركن من أركان التصرف القانونى الذى لايتصور لـــه وجود بدونه ، بحيث يكون من شأن تخلف هذا الركن أن ينحدر به الى حـــد العدم ، فلا تلحقه الاجازة أو التصحيح كما لا يتقادم فضلا عن حق كل صاحـــب مصلحة فى عدم الاعتراف بالتصرف وعدم تنفيذه تلقائيا . (٢٨)

والراجح فقها وقضاء (٢٩) أن الانعدام يتحقق أيضا بشأن القـرارات الادارية اذا أصابها عيب جسيم وواضح، تخرج بسببه الادارة بصفة نهائية عـــن نطاق وظيفتها المخصصة لها بحكم الدستور والقانون ، ففى هذه الحالة يتجـرد القرار من صفته الادارية، ويخرج بالتالى من نطاق القانون الادارى ، أى أن يكون بمثابة التصرف المنعدم فى مفهوم أحكام هذا القانون .

---

(٢٧) يتجه فقه القانون الخاص حديثا الى الأخذ بتقسيم ثنائى يميز فيه بين البطلان المطلق ويشمل فكرة الانعدام من ناحية، والبطلان النسبى من ناحية أخرى.

(٢٨) الدكتور مصطفى كمال وصفى - انعدام القرارات الادارية - مجلة مجلس الدولة - السنة ٧ - ص ٢٦١.

(٢٩) الاستاذ الدكتور طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية ص ٢١٨.
وانظر حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٦/٦/٢٩ قضيـة ٤٠ لسنة ١٨ ق ، المجموعة السنة ٢١ رقم ١٨ ص ٤٧ .

وعليه يمكن التمييز بين حالتين للانعدام هما :

١ ــ الانعدام الحقيقي: وهو ما يتحقق نتيجة تخلف أركان العمل عموما ، سواء كان من الاعمال الادارية أم التشريعية أم القضائية، فهذه الاركان لازمة لولادة ووجود هذا العمل ، فاذا توافرت قام العمل وظهر في حيزالوجود القانوني، وان لم تتوافر انعدم وجود مثل هذا العمل ٠

ويتحقق الانعدام الحقيقي في القرارات الادارية نتيجة تخلف أركانه أو شروط انعقاده ، وهو أمر يختلف عن مسألة توافر أو تخلف شرط من شروط صحته او مشروعيته ، ففي الحالة الأولى يتحقق الانعدام الحقيقي، حيث لم يوجد قط القرار الاداري من الناحية المادية، فلا تكون له أية آثار قانونية ، ومن هنا يجوز للافراد عدم الالتزام باحترامه وتجاهله بوصفه مجرد عقبة مادية ، ومن ثم ترتيب تصرفاتهم كما لو كانت تلك القرارات لا وجود لها أصلا ، وفي هذه الحالة لا يجوز للادارة أن تعمد الى تنفيذ هذا القرار المنعدم فاذا ما عمدت الى تنفيذه، فان ذلك يعد عملا من أعمال الغصب المادية، حيث ينعدم حق الادارة في تنفيذ مثل هذا القرار المنعدم بطبيعته، والذى لا يحتاج في الأصل الى سلطة تقرر انعدامه، وكما تقول المحكمة الادارية العليا "فالقرار المعدوم كأنه لم يكن ولا تلحقه أية حصانة، ولا يزيل انعدامه فوات ميعاد الطعن فيه، لأنعدم والعدم لايقوم، وساقط والساقط لا يعود ،ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الطعن لتقديمه بعد الميعاد في غيره محله" (٣٠) ، وعليه يمكن للأفراد الطعن مباشرة ضد" قرار الادارة بتنفيذ القرار المنعدم" لما لهذا القرار من آثار قانونية ناتجة عنه بذاته وليس عن القرار المنعدم الذى تنعدم اثاره القانونية من الاصل بمعنى أن الطعن يوجه ضد قرار التنفيذ الذى يستند الى القرار المنعدم غير الموجود قانونا والذى لايقبل بطبيعته التنفيذ مباشرة ٠

---

(٣٠) حكمها في ١٩٥٩/٦/٢٧ ، المجموعة السنة ٤ ص ١٦١٣ ٠

وتكمن المشكلة الحقيقية بصدد هذا الانعدام في الاتفاق على أركان العمل وعلى الاخص القرار الادارى والتى لايوجد القرار دون توافرها ، وتمييزها عن شروط صحة أو مشروعية هذا القرار ، والتى اذا تخلفت أدى ذلك الى جواز ابطاله دون انكار وجوده .

والأصل أن للادارة اصدار القرار الادارى للتعبير عن ارادتها علــــى الوجه الذى تراه ملائما لذلك ، غير أن المشرع دائما ما يفرض علــــى الادارة بعض القيود عند ممارستها لسلطة اصدار القرار الادارى . هذه القيود هى التــى تمثل شروط صحة القرار أو مشروعيته ، وهى لا تتماثل بالنسبة لكافة القــرارات الادارية بصدد جميع عناصرها ، وبالتالى فان هذه الشروط تختلف من قرار لآخر ـ على خلاف الأركان ـ وذلك بحسب ما اذا كان المشرع قد فرض شرطا معينـــا بصدد أحد عناصر القرار ، أم أنه فضل أن يترك للادارة سلطة تقديرية فـــى صدد هذا العنصر .

وفى هذا الصدد فاننا نستبعد بداهة الرأى الذى ينكر هذا التمييـــز اصلا والذى يرى أن جميع" عناصر" القرار الادارى ذات مرتبة واحــــــدة ، باعتبارها جميعا من أركان انعقاد القرارات الادارية"[٣١] .

كما أن انتقاد هذا المعيار بعدم اتفاقه مع قضاء مجلس الدولة المصرى بصدد تعريف ا[لقر]ار الاد[ارى] حيث لم يفرق فيه المجلس بين شروط انعقــاد القرار الادارى وشروط صحته[٣٢] ، هو انتقاد يوجه الى مسلك مجلس الدولــة

---

(٣١) E. DESGRANGES, Essai Sur La notion de voie de fait en droit administratif, Thèse, Poitiers, 1937, P.98 et s.

(٣٢) الدكتور رمزى الشاعر : بطلان القرارات الادارية ـ مجلة العلـــوم الادارية ـ السنة ١٠ ـ العدد الاول ـ ١٩٦٨ ـ ص ١٦٣ .

فى تعريف القرار الادارى ، وليس لمعيار التمييز بين أركان الانعقاد وشـروط الصحة ٠

وكما سنبين لاحقا عند دراسة القرار الادارى فان أركان هذا القـرار تتمثل فى نظرنا فى ركن وحيد هو ركن الارادة، اى ارادة السلطة الادارية فى احداث أثر قانونى معين ، وهو أمر يكاد الفقه الحديث أن يجمع عليه (٣٣) ، وكذلك القضاء بجهتيه الادارى والعادى (٣٤) ، وعليه يتحقق الانعدام الحقيقـى فى القرار الادارى فى حالة افتقاده لركن الارادة فيه نتيجة تخلف أحد شـروط انعقاده التى سنوضحها لاحقا ٠

٢ ــ الانعدام الحكمى : وتتحقق هذه الحالة نتيجة ما يشوب العمل الادارى من عيب جسيم منعيوب المشروعية ، اذ لا شك فى أن العيب الصـارخ الذى يلحق بالقرار الادارى مثلا ، يدفع الى اعتباره بمثابة القرار المنعـدم بالرغم من وجوده وولادته، ولذلك يعتبر هذا الانعدام حكميا فحسب، أى من الناحية القانونية فقط (٣٥) ، ومن هنا يمكننا تصوير الانعدام الحكمى بأنـه

---

(٣٣) الدكتور طعيمة الجرف: المرجع السابق ص ٢٤٨ ،وخلافا لذلك يرى بعض الفقهاء أن للقرار الادارى ثلاثة أركان هى: الارادة والمحـل والسبب ــ راجع فى ذلك الدكتور مصطفى كمال وصفى: المرجع السابق ص ٢٦١٠
كذلك الدكتور عبد الفتاح حسن :انعدام القرارالادارى ــ مجلة العلوم الادارية ــ السنة ٢ــ عدد ٢ــ١٩٦٠ــ ص١٧١٠

(٣٤) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٨٢/٣/٦ قضية ١٤٧٥ لسنة٢٦ق وحكم محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة فى ١٩٨٥/١١/٢٨ اقضية ٢٥٦٦ لسنة١٩٨٣ــ مجلة المحاماة السنة ٦٦ عدد ١و٢ ــ ص٣٠

(٣٥) الاستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى : القضاء الادارى سالف الذكر ص ٤٩٨ ٠ راجع كذلك الاستاذة الدكتوره سعاد الشرقاوى : دروس فى دعوى الالغاء ــ ١٩٨٠ــ ص ٣٨ــ وهى تشير الى أنالفقه الفرنسى=

بمثابة عقوبة يعمد اليها القضاء اذا بلغت مخالفة القرار الادارى الموجـــود للقواعد القانونية حد الجسامة الصارخة، مما يتعين معه الرفض التام لتحصين هذا القرار لمجرد فوات مواعيد الطعن بالالغاء ضده.

وليس فى القضاء معيار واضح ومنضبط يمكن ان تتحدد على أساســه أحوال عدم المشروعية الجسيمة التى [illegible] القرار الى حد الانعدام، اذ يخضع الأمر فى كـل حالة لتقدير القاضى لقاعدة المشروعية ونوع المصالح التى يحميها (٣٦).

أما بالنسبة للفقه فقد تباينت آراء الفقهاء فى هذا الصدد ، فمنهم من ذهب الى أن كل قرار يتضمن اغتصابا للسلطة يعد قرارا معدوما ، ومنهـم من اعتمد على فكرة الوظيفة الادارية بمعنى أن القرار يكون منعدما اذا خـرج على تلك الوظيفة، واعتمد فريق ثالث على فكرة الظاهر ، فالقرار الذى يكـون الاخلال فيه بالقواعد القانونية من الظهور بحيث لا يدل شكله أو مظهره علـى صدوره من الادارة يكون قرارا معدوما وهناك من الفقهاء من اكتفى بسرد حـالات الانعدام على سبيل المثال دون أن يضع معيارا محددا لها (٣٧).

= يطلق على الانعدام الحقيقى من الناحية المادية اصطلاح "الاعمـال المنعدمة بصفة مطلقة" وعلى الانعدام الحكمى أى من الناحية القانونية فقط اصطلاح "الأعمال شبه المنعدمة".

(٣٦) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف ـ مبدأ المشروعية ص ٢٢٥.

(٣٧) انظر فى تفاصيل هذه المعايير رسالة الاستاذ الدكتور رمزى طـه الشاعر " تدرج البطلان فى القرارات الادارية " ـ طبعة ١٩٦٨ ـ ص ١٥٥ ومابعدها وص ١٩٩ ، وراجع كذلك الدكتور مصطفى كمال وصفى : مقالته سالفة الذكر بمجلة مجلس الدولة السنة ٧ ص ٢٦١ وكذلك مقالته بمجلة المحاماة السنة ٤١ عدد ٥ ص ٧٣٠، والاستاذ الدكتور طعيمة الجرف : نظرية انعدام التصرفات القانونيـة وتطبيقها على القرارات الادارية ، مجلة العلوم الادارية ـ السنة ٣ ـ عدد ١ ـ ص ٦١.

وفى تقديرنا أن معيارى اغتصاب السلطة والوظيفة الادارية هما فى الواقع محاولات لتحديد بعض حالات انعدام القرار ، وليست معايير تمييز الانعدام عن بطلان القرارات الادارية • أما معيار الظاهر فهو معيار غير منضبط اذ يرتكز على نظرة من وجه اليه القرار الادارى ، وهى نظرة شخصية تؤدى الى التحكم فى تحديد درجة البطلان أو الانعدام فى القرار الادارى •

والراجح فى تقديرنا ضرورة الأخذ بمعيار شكلى فى تحديد حالات الانعدام الحكمى حتى لا تتضارب الآراء ومن ثم الأحكام القضائية ، ونحن نرى فى هذا الصدد ان يكون الأساس فى ذلك هو القوة القانونية للعمل الذى تمت مخالفته بواسطة القرار الادارى غير المشروع ، فاذا كان وجه عدم المشروعية قد ترتب نتيجة مخالفة القواعد العليا من حيث مرتبتها الالزامية ، اتسم هذا العيب بالجسامة ، اما اذا كانت المخالفة للقواعد الأدنى ، فيمكن هنا اعتبار هذا العيب بسيطا • ولما كنا نرى أن القواعد العليا من حيث المرتبة الالزامية الى جانب القواعد الدستورية ، الأحكام القطعية فى الشريعة الاسلامية باعتبارها من المبادىء العامة للقانون ، فان مخالفة هذه القواعد وتلك الأحكام تؤدى الى انعدام العمل الادارى المشوب بهذا العيب ، أما اذا لم تصل المخالفة الى هذا الحد من الجسامة ، كما لو اقتصر الأمر على مخالفة قواعد تشريعية او لائحية او عرفية ، فان القرار يكون قابلا للالغاء أو البطلان ، بحيث يحتاج الأمر الى صدور حكم قضائى بالغاء هذا القرار أو قيام الادارة بسحبه •

ثانيا : البطلان المطلق :

وهو يلحق بالتصرف القانونى الذى تتوافر له أركان انعقاده ولكنه يصدر بالمخالفة للشروط الموضوعية التى يقررها القانون بصدد عناصر القرار الأخرى ، على صورة تجعل هذه المخالفة وان لم تؤثر فى وجود التصرف فانها تكون ذات مساس باكتماله قانونا •

وتحتل صورة البطلان المطلق فى القانون العام ، مكان الصدارة من

حيث تحققها والاثار التى تترتب عليه ، و علة ذلك أن القواعد المتعلقـــة بمشروعية أعمال الادارة فى القانون العام ترمى أساسا الى حماية المصالح العامة المرتبطة بمبدأ المشروعية وسيادة القانون ، وهو ما يجعل مخالفتها سببا فـــى البطلان المطلق ٠

فالقرار الادارى يكون غير مشروع ومحلا للالغاء اذا أصابه عيب وقت عند التأثير على أحد الشروط القانونية المقررة لصحة أحد عناصره ، وتأسيسا على ذلـك فانه اذا توافر ركن الارادة فى القرار الادارى ، ولكن اختلت شروط صحته وهـى الشكل والاختصاص ومطابقة القانون فى محل القرار وسببه وابتغاء المصلحـة العامة ، كان القرار باطلا بطلانا مطلقا ، بمعنى أن عيوب الشكل أو عـــدم الاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف فى استعمال السلطة ، انما هى مراجع للطعن بالبطلان فى القرار الادارى ٠

وقد استقر القضاء الادارى فى فرنسا ومصر ، على أنه بالنسبة للقـرار الادارى الذى شابه البطلان ، فانه ـ على خلاف القرار المنعدم ـ اذا مضـى وقت معقول على اصداره دون أن يطعن فيه أصحاب المصلحة امام القضاء مطالبين بالغائه ، ودون أن تلجأ الادارة الى سحبه ، فان القرار يعتبر فى ذاته سليمـا مرتبا لآثار القرار المشروع من لحظة صدوره ، فيزول ما لحقه من عيـــوب ويكتسب حصانة بمضى المدة ولا يجوز المساس به سواء بالغائه أو سحبه ٠

وتعتبر هذه الحصانة فى جوهر الأمر استثناء حقيقيا على مبـــدأ المشروعية وسيادة القانون ، فالأصل وفقا لمقتضى هذا المبدأ أن القرار الباطـل الذى صدر مخالفا للقانون لايتمتع بتلك الحصانة مهما طال عليه الوقت ، ومن ثم يجوز الطعن بالغائه أمام القضاء دون التقيد بميعاد معين ، كما يمكن لـلادارة سحبه والرجوع فيه فى كل وقت اعمالا لسيادة القانون ٠

ومع ذلك فانه نظرا لاعتبارات تتعلق بضرورة استقرار الحقوق والمراكز الشخصية التى تنشأ للأفراد من تلك القرارات المخالفة للقانون ، فقد استقـر

الأمر على تحصين القرارات الادارية المشوبة بالبطلان بمرور مدة معينة ، اذ يولد مرور هذه المدة ثقة مشروعة لدى الأفراد فيما يترتب عليه من مراكز ، وينشيء للأفراد حقوقا مشروعة يجب حمايتها ، ولذلك فان مرور تلك المدة ، وهى شهرين فى فرنسا وستين يوما فى مصر من تاريخ نشر القرار أو اعلانه ، يكسب القرار الصفة المشروعة والحصانة ضد الالغاء والسحب ، فيصلح بالتالى أساسا لاصدار كافة القرارات الأخرى التى يجب أن [illegible] ـيه ، [illegible] قرار الباطل بترقية موظف ما ، يعد أساسا صالحا لاصدار قرار منح هذا الموظف علاوة الترقية ، وذلك اذا ما تحصن القرار الأول ، كما يمكن أن يكون أساسا لترقية الموظف فيما بعد الى الدرجة التالية .

ثالثا : البطلان النسبى :

هو جزاء يلحق التصرف القانونى الذى تصيبه بعض العيوب الخاصة بالأهلية او الرضا ، وهو بطبيعته لايؤدى الى بطلان التصرف تلقائيا وبقوة القانون ، وانما يبقى التصرف صحيحا منتجا لاثاره المقررة حتى يقضى بالبطلان .

ويعتبر مجال البطلان النسبى فى القانون العام محدود جدا حيث يوجد اتجاه بأنه لامجال فى القانون العام للبطلان النسبى كجزاء على مخالفة الادارة لمبدأ المشروعية (٣٨)

ومع ذلك فان البطلان النسبى يتحقق فى القانون العام وخاصة فى نطاق التصرفات الاتفاقية كالعقود الادارية حين يصيبها أحد عيوب الرضا ، كما يتحقق فى نطاق القرارات الادارية متى كانت القاعدة المدعى بمخالفتها قد تقررت لحماية مصلحة الادارة أو المرفق العام ذاته ، ففى هذه الحالة يكون التصرف معيبا وقابلا للبطلان ، ولكن البطلان هنا يتقرر لصالح

---

(٣٨) الاستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق ص ٥٠ ومابعدها ص ١٢٢ ومابعدها .

الادارة فلا يستطيع الافراد الاستفادة منه• (٣٩)

غير أنه يبقى صحيحا أن مجالات البطلان النسبى وحالاته فـــى القانون العام تعتبر أضيق كثيرا من حالات البطلان المطلق على خـــلاف الأمر فى القانون الخاص•

ومن الناحية العملية، لايوجد فرق فى النتائج التى تترتب على كل من نوعى البطلان الذى يشوب القرار الادارى ، فيما عدا تحديد من له حـق رفع دعوى الالغاء، اذ لايجوز فى البطلان النسبى رفعها الا من الجهـــة التى تقررت لمصلحتها القواعد المدعى بمخالفتها ، وفى هذا الصدد فان شـرط المصلحة فى دعوى الالغاء يتولى تحديد هذه الجهة•

---

(٣٩) الاستاذ الدكتور طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية سالف الذكــر ، ص ٢٠٩ـ٢١٠•

الباب الثانى

موضوع العمل الادارى

« نشاط السلطة الإدارية »

L'OBJET DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

تقديـــــم :

يتمثل موضوع ــ أو موضوعات ــ العمل الادارى فى أوجه نشـــاط السلطة الادارية أو مهامها المكلفة بتحقيقها دستوريا ، والتى تتلخص فى اتخـاذ الاجراءات والقرارات اللازمة لتنفيذ القوانين التى تسنها السلطة التشريعيـــة لتنظيم حياة الافراد فى المجتمع وصون حقوقهم وحرياتهم فى علاقاتهم بعضهـــم ببعض وفى علاقاتهم بالسلطات العامة ، ثم فى اقامة و[illegible] وحماية النظـــام العام فى هذا المجتمع لتوفير المناخ اللازم والملائم لوضع القوانين والتنظيمـات التشريعية لسلوك الافراد فى المجتمع موضع التنفيذ ، وأخيرا فى توفير الخدمات واشباع الحاجات العامة عن طريق ادارة وتنظيم المشروعات والمرافق العامة التى تنشوءها الدولة لتوفير هذه الخدمات والحاجات.

وعليه تتبلور موضوعات العمل الادارى فى أمور ثلاثة :

١ ــ تنفيذ القوانيــن.

٢ ــ حماية واقامة النظام العام عن طريق وسائل الضبط الادارى.

٣ ــ اشباع الحاجات العامة عن طريق المرافق العامة.

ويحرص المشرع الدستورى فى معظم دول العالم على النص صراحة على اختصاص السلطة التنفيذية فيها بهذه الأمور ، ففى مصر تنص المـادة ١٤٤ من الدستور الحالى فيها على اختصاص السلطة التنفيذية بموضوع تنفيذ القوانين كما تنص المادة ١٤٥ على موضوع الضبط الادارى ، والمادة ١٤٦ على موضـوع المرافق العامة.

وعلى ذلك يلزم علينا دراسة كل منها فى فصل مستقل.

الفصل الأول
تنفيـــذ القوانيـــن

قد تبدو فكرة تنفيذ القوانين للوهلة الأولى فكرة بسيطة محددة يراد بها قيام السلطة التنفيذية باتخاذ الاجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين التـى يضعها البرلمان تنفيذا حرفيا ، الا أن هذا المفهوم ليس دقيقا تماما ، ذلـك أن مهمة تنفيذ القوانين الملقاة على عاتق الادارة تنطوى على الكثير من الأمـور بحيث تضع على كاهل الادارة الكثير من الأعباء والواجبات•

فالسلطة التنفيذية تقوم بنشر القوانين التى يتم اصدارها لتنبيـه المواطنين بمراعاة أحكامها منذ بدء سريانها عليهم،ومن ثم التزامهم بالتعامـل على أساسها حتى لا يقعوا تحت طائلة الجزاءات التى تتضمنها ، ولا شـك أن اجراء النشر يعد جزءا من عملية تنفيذ القانون ، كذلك فان القانون قـد يطلب من الحكومة أو الادارة بمعنى أدق القيام ببعض الأعمال المادية اللازمة لتنفيذ القوانين كانشاء المبانى أو وضع العلامات والاشارات ، كما أنه مـن المحتم على الادارة فى غالب الأحيان أن تلجأ الى بعض الوسائل القانونيـة مثل ابرام بعض العقود الادارية أو اصدار لوائح تنفيذية لوضع القانون موضـع التنفيذ أو اصدار قرارات ادارية فردية مثل قرارات نزع الملكية أو الاستيلاء علـى العقارات أو المنقولات• وعليه يمكن القول بأن تنفيذ القوانين يتطلب مـن الادارة اتخاذ بعض الاعمال المادية وبعض الأعمال القانونية•

وتتمثل الأعمال او الوسائل القانونية للادارة فى العقود الاداريـة والقرارات الفردية والتنظيمية (اللوائح) ، وللادارة أن تستخدم هذه الوسائل فى ممارسة أوجه نشاطها المختلفة، وان كان يلزم ملاحظة أن الوسيلة الرئيسيـة للادارة فى ممارسة الضبط الادارى هى القرارات الادارية، وان وسيلتها الرئيسية فى ممارسة نشاطها المرفقى هى العقود الادارية • أما بخصوص تنفيـذ القوانيـن فانها قد تلجأ لكافة هذه الوسائل ،وان كانت اللوائح التنفيـذية تمثل احـدى الوسائل الضرورية التى لا غنى عنها لتنفيذ القوانين •

وبالنسبة للعقود الادارية، فانها كوسيلة لتنفيذ القوانين لاتتميــز بأية قواعد متميزة عن المبادىء العامة التى تحكمها ، ومن ثم نكتفى بما سندرســه فيما بعد بشأنها ، أما بالنسبة للقرارات الادارية ، فانه ازاء تدخل المشـــرع الدستورى فى مصر بوضع حدود وأحكام خاصة باللوائح التنفيذية (١) فانه يلـــزم علينا دراسة هذه الأحكام وتلك الحدود تفصيلا ، ويبقى أخيرا القرارات الاداريـة الفردية، والتى لا تتميز فى صدد تنفيذ القوانين بقواعد خاصة سوى تلـــك المبادىء المتصلة بالسلطة التقديرية للادارة ، ومع ذلك نفضل دراسة هـــذه السلطة تفصيلا ، للتعرف على مداها بصدد تنفيذ القوانين وأوجه نشاط الادارة الأخرى ،عند دراسة موضوع القرارات الادارية ، ومن ثم يبقى أن نتنـــاول بالدراسة الحدود الدستورية والأحكام الخاصة الواردة فى الدستور بصدد اللوائـح التنفيذية، وهى حدود وأحكام تسرى بطبيعة الحال على القرارات الفرديـــة الصادرة اما تنفيذا لتلك اللوائح ، أو لوضع قوانين السلطة التشريعية موضـــع التنفيذ مباشرة .

---

(١) اللوائح الادارية من الأعمال القانونية التى يختلف نظامها القانونـــى باختلاف النشاط الادارى ، ولذلك توجد أحكام تنظم اللوائـــح التنفيذية وأخرى للوائح المستقلة وثالثة للوائح الضرورة بأنواعهـــا مثل اللوائح التشريعية واللوائح التفويضية والأوامر التنظيميـــة العسكرية .

راجع فى تفاصيل هذه الأنظمة مؤلفينا اللوائح الادارية وضمانـة الرقابة القضائية ـ ١٩٨٢ ، ولوائح الضرورة وضمانة الرقابـــة القضائية ـ ١٩٨٢ .

المبحث الأول
التعريف باللوائح التنفيذية وأهميتها

تعرف اللوائح التنفيذية بأنها تلك اللوائح التي تتضمن الأحكـــــام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتيسير تنفيذ القوانين (١) .

وعلى ذلك فالغرض منهــــا اما ابراز الجزئيات والتفصيـــــلات اللازمة لنفاذ الأحكام التي يتضمنها القانون ، واما استكمال أحكام ذلك القانـــون الذى يقتصر غالبا على تحديد المبادىء العامة الاجمالية للتشريع والذى يتطلب تنفيذه فى هذه الحالة اصدار اللوائح التكميلية ، أو الأمرين معا .

واللوائح التنفيذية بهذا المعنى تعد الصورة الأصلية للسلطة اللائحية حيث يتحقق فيها حكمة منح السلطة التنفيذية الحق فى اصدار اللوائح ، وذلـك لأن السلطة التشريعية لا تملك عادة من الوقت والخبرة لشئون التنفيذ والتطبيق ما يمكنها من تحديد الأحكام الجزئية والتفصيلية للمبادىء العامة التى تضعهـا أما السلطة التنفيذية فانها بطبيعة وظيفتها وبحكم اتصالها المستمر بالجمهـــور أقدر على تعرف التفصيلات اللازمة لوضع هذه المبادىء العامة موضع النفـاذ ، ولهذا نجد أن سلطة اصدار اللوائح التنفيذية مسلم بها للادارة فى جميع الـدول حيث تحرص الدساتير دائما على النص صراحة على هذه السلطة للادارة .

وقد نصت الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها على هذه السلطـــة صراحة ، فقد نصت المادة ٣٧ من دستور ١٩٢٣ على أن "الملك يضع اللوائـــح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها ،

---

(١) الاستاذ الدكتور محسن خليل ، القضاء الادارى ـ ١٩٦٨ ـ ص ٦٢٧
الاستاذ الدكتور فؤاد مهنا ، القانون الادارى ـ ١٩٧٥ ـ ص ٧٥٥ ،
الاستاذ الدكتور محمود حافظ ، القرار الادارى ـ ١٩٧٥ ـ ص ٢٣١

واكتفى دستور ١٩٥٦ فى المادة ١٣٨ منه بالنص على أن "يصدر رئيس الجمهورية .. اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين" وهو ذات النص الوارد فى المادة ١٢٢ من دستور ١٩٦٤ ، وقد كفل العرف الدستورى السند اللازم لهذه السلطة فى ظل دستور ١٩٥٨ الذى لم ينص عليها لشدة ايجازه واقتصاره على المبادىء الاساسية فى نظام الحكم والادارة.

اما الدستور الحالى الصادر سنة ١٩٧١ فقد عاد مرة أخرى الى صيغة مشابهة لنص دستور ١٩٢٣ فنص فى المادة ١٤٤ منه على أن " يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها . وله أن يفوض غيره فى اصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذها " .

وفى فرنسا ، تمسك المشرع الدستورى عقب قيام الثورة الفرنسية ، بمبدأ الفصل المطلق بين السلطات ، فنص فى أول دساتيرها عام ١٧٩١ على أن الجمعية التشريعية وحدها تستطيع أن تقرر نصوصا عامة ، وبذلك لم يكن للسلطة التنفيذية سوى أن تقوم باصدار تعليمات مطابقة للقوانين من أجل أن تأمر أو تذكر بتنفيذها ، مما جعل الفقه ينكر الصفة اللائحية عليها ويعتبرها بمثابة وسيلة من وسائل النشر التى لا تضيف شيئا للقانون.(٢)

ولكن المشرع الدستورى سرعان ما تخلص من الأخذ بالفصل المطلق للسلطات، لما تكشف عن تطبيقه من عيوب، فنص فى دستور ١٧٩٩ فى المادة ٤٤ منه على حق الحكومة فى اقتراح القوانين ووضع اللوائح اللازمة لتنفيذها ، ثم استمر على ذلك فى الدساتير التالية وذلك فى المواد ١٤ من دستور ١٨١٤ ، ١٣ من دستور ١٨٣٠ ، ٣ من دستور ١٨٧٥ ، ٤٧ من دستور ١٩٤٦ ، وأخيرا فى المادة ٢١ من الدستور الحالى والتى تنص على أن "يدير الوزير الأول أعمال الحكومة .. ويضمن تنفيذ القوانين .. ويمارس السلطة اللائحية" .

---

(٢) DOUENCE, Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration, L.G.D.J., 1968, p.157.

والواقع أن اللوائح التنفيذية قد غدت من الأعمال القانونية التي لا يمكن الاستغناء عنها لضمان تنفيذ القوانين ، ويرجع ذلك للعديد من الاعتبارات منها :

١ ـ تتعامل السلطة التنفيذية يوميا مع الجمهور فى كافة المجالات ويندر الا يحتك الفرد يوميا بالادارة، والسلطة التنفيذية بحكم هذا الاتصال الواسع بالجمهور ، هى أقدر السلطات على معرفة ما ينبغى وضعه من القواعد التفصيلية التى لايمكن للسلطة التشريعية مهما بلغت دقتها ومعرفتها لطبيعة الأمور أن تحصيها.

ومن ناحية أخرى ، فقد تختلف أقاليم الدولة الواحدة ـ الكبرى نسبيا ـ فى الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أوالمالية ، مما يجعل من الصعب وضع القوانين التى تلائم الدولة فى مجموعها ، وهذا يقتضى اللجوء الى أسلوب اللامركزية الذى يتطلب منح السلطات المحلية حق وضع القواعد التى تلائم الظروف المحلية الخاصة بالاقليم.

ولذلك تكتفى السلطة التشريعية بوضع القواعد الاجمالية ، تاركة للسلطة التنفيذية أو للهيئات المحلية مهمة وضع تفاصيل هذه الأحكام الاجمالية الواردة فى القوانين وذلك عن طريق اللوائح التنفيذية التى من شأنها الملاءمة بين عمومية القاعدة ومقتضيات التخصص.

٢ ـ يلزم لسلامة التنظيم القانونى ، أن يتحقق للقوانين القدر الكافى من الثبات والاستقرار ، ولما كانت الظروف التى توضع فيها القوانين قد تتغير من وقت لآخر مما يستوجب اعادة النظر فى شروط وأوضاع تطبيقه ، تمشيا مع تطور الظروف ، لذا فمن الأفضل أن تجدد هذه الشروط بواسطة اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية المنوط بها السهر على تنفيذ القوانين ، وحتى يمكن تغييرها بسهولة دون حاجة الى تغيير القوانين ذاتها أو تعديلها ، خاصة وأن الاجراءات الواجب اتباعها فى هذا الشأن ، هى اجراءات طويلة معقدة وبطيئة وتستوجب المناقشات العلنية المطولة ، ومن ثم

فهى لا تتناسب مع سرعة التطورات التى تلحق بالمجتمعات الحديثة، ولاتستطيع مواجهة أية ظروف استثنائية أو أزمات تواجه البلاد ، وبالتالى فمن الافضل أن توكل مهمة مواجهة تلك الظروف والتطورات الى السلطة اللائحية نظرا لما تتميز به اللوائح من مرونة وبساطة فى اجراءات وضعها وتعديلها وسرية اتخاذها .

- ونظرا لأن معظم الدول المعاصرة مازالت تتبع سبيل التدخل فى بعض أوجه النشاط الفردى نزولا على مبدأ التوجيه الاقتصادى، وبالاضافة الى تأثير التقدم العلمى والتكنولوجى وازدياد السكان وتفاقم مشاكلهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . فقد تزايدت أعباء الدولة واتسع نطاقها بصورة متزايدة .

ولما كانت هذه الموضوعات من شأنها اثارة الكثير من المسائل التى تتسم بالطابع الفنى المعقد، فان السلطة التنفيذية تكون أقدر من السلطة التشريعية على تنظيم تلك الموضوعات نظرا لأنها تتطلب قسطا كبيرا من الخبرة الفنية عند وضعها، وهى خبرة لايمكن أن تتوافر لدى البرلمان الذى غالبا ما يتكون من أفراد سياسيين ليست لديهم أية خبرة فنية .

ولذلك تعترف معظم الدساتير بحق السلطة التنفيذية فى اصدار اللوائح لتيسير تنفيذ القوانين استنادا الى أنه بين اصدار قاعدة وتطبيقها على حالات فردية ، يتحتم وجود قواعد يقصد بها تيسير ذلك التطبيق أو جعله ممكنا ، حيث يؤدى اغفال فائدة تلك القواعد الى مساوىء وارتباكات خطيرة .

وقد يكون ممكنا نظريا أن نتصور قانونا يعالج المسائل التفصيلية ويحددها بالدقة التى تقتضيها ، الا أنه عملا يجب ألا ندع القانون يتخبط فى تفصيلات دقيقة وافتراضات متعددة طابعها التغيير والتطور المستمرين ، ولا شك أن السلطة التنفيذية بما لديها من هيئات ادارية وفنية تحت تصرفها

أقدر على معالجة تلك التفاصيل والجزئيات التى كثيرا ما تكون ذات صبغـــــة فنية. وخاصة مع ازدياد تدخل الدولة فى نواحى النشاط الاقتصادى .

وعليه فمن النادر أن تخلو الدساتير فى الدول المختلفة من نـــص يخول السلطة التنفيذية اصدار اللوائح اللازمة لوضع القوانين موضع التنفيـــذ مهما تنوعت الأحكام التى تقوم عليها هذه الدساتير ، لأن مهمة تنفيـــــذ القوانين تتضمن فى كل مكان نفس الاسلوب وهو ممارسة السلطة اللائحية .

المبحث الثاني
الاختصاص باصدار اللوائح التنفيذية

حدد الدستور فى مصر " السلطة اللائحية" المختصة باصدار اللوائح ، اذ تنص المادة ١٤٤ من الدستور المصرى الحالى على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ٠٠٠ وله أن يفوض غيره فى اصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه" ٠

ومن هذا النص يتبين أن هناك ثلاثة فروض بشأن اصدار اللوائح التنفيذية ، الأول أن تصدر فى شكل قرارات جمهورية وهذا هو الأصل فى صدور هذه اللوائح، والثانى أن يفوض رئيس الجمهورية غيره فى اصدارها ، والاحتمال الثالث والأخير أن ينص القانون ذاته على الجهة التى تملك اصدار اللائحة ٠ (٣)

ورغم أن الأصل وفقا لما تقدم، فى اصدار اللوائح التنفيذية ، فى رأى غالبية الفقه، هو أن تصدر بقرارات من رئيس الجمهورية ، الا أن الواقع يشير الى أن الغالب فى أسلوب اصدار اللوائح التنفيذية أن يحدد القانون الجهة التى تتولى اصدار لائحته التنفيذية حيث يندر أن تصدر القوانين خالية من نص يحدد هذه الجهة ٠ (٤)

وترتيبا على ذلك فانه اذا سكت القانون عن تحديد الجهة المختصة

---

(٣) الاستاذ الدكتور محمود حافظ : المرجع السابق ، ص ٢٤٢ ٠

(٤) الدكتورة بدرية جاسر الصالح : السلطة اللائحية فى مجال تنفيذ القوانين ــ رسالة بالآلة الكاتبة ١٩٧٩ ــ القاهرة، ص١١٩ ٠

باصدار لائحته التنفيذية، كان لرئيس الجمهورية باعتباره صاحب الولاية العامة في هذا الاختصاص، اما اصدار هذه اللائحة بنفسه، أو تفويض غيره من الوزراء المعنيين أو أية جهة ادارية في اصدارها ٠

أما اذا حدد القانون الجهة التي ينبغي عليها اصدار اللائحة التنفيذية ، فانه يجب أن تصدر اللائحة عن تلك الجهة دون غيرها بمعنى أنه لايجوز لهذه الجهة أن تفوض غيرها في ذلك حتى ولو تمثلت هذه الجهة في رئيس الجمهورية ذاته ،اذ لاشك في أن المشرع يعلم يقينا أن الدستور قد اختص رئيس الجمهورية أصلا بهذه الولاية ، ومن ثم فلا معنى لهذا التحديد من جانب المشرع سوى رغبته في تقييد حقه في التفويض لاعتبارات سياسية معينة، وهو أمر جائز في تقديرنا (٥) ، اذ لا يجوز الادعاء بأن نص القانون

---

(٥) وقد استقر مجلس الدولة المصري في فتاويه على أنه لايجوز لمن عينه القانون لاصدار اللائحة التنفيذية تفويض غيره في هذا الاختصاص ففي فتوى للقسم الاستشاري بالمجلس (اللجنة الثانية) في ١٩٥٩/٢/٢ (المجموعة السنة١٣ رقم ١٥٥ ص ٢٣٢) جاء فيها أن :" التفويض لايجوز أن يرد عليه تفويض آخر ،وبالمثل فانه لما كانت المادة قد أجازت أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه،فان مؤدى هذا ان حق الوزير يستمد من النص الدستوري فلا يجوز له أن يفوض فيه آخر ٠٠٠"
وبدورها أخذت المحكمة الدستورية العليا بهذا الرأي في حكمها الصادر في ١٩٨٦/٥/١٧ (القضية ٥ لسنة ٥ق ــ الجزء الثالث ص ٣٢٧) ــ حيث قضت بأن مؤدى نص المادة ١٤٤ أن الدستور حدد على سبيل الحصر الجهات التي تختص باصدار اللوائح التنفيذية فقصرها على رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك او من يعينه القانون لاصدارها ، بحيث يمتنع على من عداهم ممارسة هذا الاختصاص الدستوري والا وقع عمله اللائحي مخالفا لنص المادة المشار اليها ، ومن ثم فانه اذا عهد القانون الى جهة معينة =

في هذه الحالة هو مجرد تذكير باختصاصات رئيس الجمهورية ، لان من شأن هذا النص في تقديرنا ، حرمان رئيس الجمهورية من حق تفويض اختصاصه باصدار اللائحة التنفيذية ، وليس في ذلك أي مخالفة أو اعتداء من السلطة التشريعية على سلطة رئيس الجمهورية في التفويض طبقا للمادة ١٤٤ من الدستور (٦) ، لان الدستور يفترض في هذه الحالة سكوت القانون عن تحديد الجهة التي تختص بوضع واصدار اللائحة ، فاذا ما قام القانون بالنص على ذلك ، فانه يحجب الطريق الاخر الذى حدده الدستور لاصدار اللوائح التنفيذية ، بمعنى أنه طبقا للمادة ١٤٤ من الدستور ، فانه يوجد طريقان لاصدار اللوائح التنفيذية .

باصدار القرارات اللازمة لتنفيذه استقل من عينه القانون دون غيره باصدارها ... وعليه فانه اذا عهد القانون الى وزير الاسكان والتعمير سلطة اصدار لوائح تنفيذية لقانون المساكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فليس لرئيس الجمهورية أن يسند هذا الاختصاص الى المحافظ المختص بدلا من وزير الاسكان .. ومن ثم فان قرار رئيس الجمهورية اذ جاء معدلا لهذا الاختصاص الدستورى الذى سبق وأن عين القانون من له الحق في ممارسته يكون قد خالف المادة ١٤٤ من الدستور الأمر الذى يتعين معه الحكم بعدم دستوريته ... واذا صدرت هذه اللوائح التنفيذية من أحد المحافظين تكون مخالفة للمادة ١٤٤ من الدستور ، فيكون قرار المحافظ قد صدر مشوبا بعيب دستورى لصدوره من سلطة غير مختصة باصداره ، الامر الذى يتعين معه الحكم بعدم دستوريته .

(٦) راجع في تفاصيل ذلك مؤلفنا : اللوائح الادارية وضمانة الرقابة القضائية ، ١٩٨٢ ، ص ٢٢٣ .

أولهما : اصدارها عن طريق رئيس الجمهورية أو من يفوضه ، وذلك في حالة سكوت القانون عن تحديد الجهة المختصة بوضع لائحته التنفيذية .

وثانيتهما : اصدارها عن طريق الجهة التي يحددها القانون ، وذلك اذا ما قام القانون بتعيين هذه الجهة حتى ولو كانت رئيس الجمهورية ذاتـــه ، وفي هذه الحالة فليس له أن يفوض هذا الاختصاص الذي يستمد من القانـــون وليس من الدستور مباشرة ، احتراما لنص المادة ١٤٤ ذاتها ، والتي بمقتضاهـــا يمتنع اللجوء للطريق الأول في اصدار اللائحة التنفيذية في حالة قيام القانـــون بتحديد الجهة المختصة بذلك .

ومما لا شك فيه أن البرلمان بتحديده لرئيس الجمهورية جهـــــة مختصة بوضع اللائحة التنفيذية لأحد القوانين التي يصدرها فانه لايقوم بذلــك عبثا لعلمه بأن الدستور قد اختصه بذلك باعتباره مسئولا عن السلطة التنفيذية في حالة سكوت القانون عن تحديد هذه الجهة ، وبالتالي فلايكون هناك معنـــى لهذا التحديد من جانب المشرع سوى رغبته في تقييد رئيس الجمهورية عنـــــد استعمال حقه في التفويض ، وهو أمر جائز ولا يتعارض مع الدستور في رأينا .

والخلاصة أن الاختصاص باصدار اللوائح التنفيذية معقود لرئيـــــس الجمهورية في الأصل بشرط ألا يقوم القانون بتحديد جهة أخرى تختص باصدار لائحته التنفيـذية ويجوز لرئيس الجمهورية تفويض غيره في هذا الاختصـــاص ، أما اذا قام القانون بتحديد شخص أو هيئة معينة تختص باصدار لائحتــــــه التنفيذية ، فان هذا الشخص أو تلك الهيئة تختص دون غيرها بذلك ، بمعنـــى أنه لايجوز التفويض في هذه الحالة حتى ولو كانت تلك الجهة هي رئيـــــس الجمهورية ذاته .

سلطة الوزراء في اصدار اللوائح التنفيذية :

تبين لنا مما تقدم أنه بالنسبة لسلطة الوزراء في اصدار اللوائـــح التنفيذيه ، فان الأصل هو عدم اختصاص الوزراء بذلك الا في حالتين :

الأولى: أن ينص القانون على اختصاص احدهم باصدار اللائحة التنفيذية اللازمة لتنفيذه .

والثانية : أن يفوض رئيس الجمهورية أحد الوزراء فى اصدار اللائحة التنفيذية لأحد القوانين وذلك اذا ما سكت هذا الأخير عن تحديد الجهة المختصة بذلك.

ويترتب على ذلك فى تقديرنا أنه لايحق للوزراء اصدار اللوائح التنفيذية بصورة تلقائية ، ولذلك فان ماذهب اليه البعض (٧) من ان المادة ١٥٦ من الدستور الحالى تنطوى بالضرورة على ممارسة الوزراء لسلطة لائحية بشأن تنفيذ القوانين ، هو رأى يجانبه الصواب، وذلك لأن المادة المشار اليها تنص على اختصاص مجلس الوزراء" باصدار القرارات الادارية والتنفيذية وفقا للقوانين والقرارات ومراقبة تنفيذها " (فقرتجـ) . " وبملاحظة تنفيذ القوانين" (فقرة ح) .

ومن الواضح بالنسبة للفقرة (جـ) أنه لايمكن الاستناد اليها لممارسة الوزراء لسلطة اصدار لوائح تنفيذية بصورة تلقائية لانها تقضى صراحة بأن اصدار اللوائح التنفيذية انما يكون ، " وفقا للقوانين والقرارات" أى اما استنادا الى نص القانون أو الى تفويض رئيس الجمهورية .

أما بصدد الفقرة (ح) وهى الفقرة التى استند اليها القائل بهذا الرأى فهى لاتمنح الوزراء سوى الاختصاص (بملاحظة) تنفيذ القوانين ،ومن العسير للغاية تفسير (الملاحظة) بأنها تعنى ممارسة لسلطة لائحية اذ هى فى تقديرنا لا تعنى أكثر من متابعة تنفيذ القوانين والتأكد من تطبيق القوانين ولوائحها التنفيذية على كافة الحالات التى تنطبق عليها .

ومع ذلك، فمن الملاحظ أنه اذا كان رئيس الجمهورية هو صاحب

---

(٧) د. بدرية جاسر الصالح ، المرجع السابق . ص ١٢٤ .

الاختصاص الأصيل في اصدار اللوائح التنفيذية ، فانه لايقوم بذلك بدون مشاركة حقيقية من السلطات الادارية المختصة أي من الوزراء، وبالتالي فان مشاركة الوزراء لرئيس الجمهورية في اصدار اللوائح التنفيذية هو أمر لا جدال في تحققه في الحياة العملية .

سلطة الهيئات الادارية المحلية في وضع واصدار اللوائح التنفيذية :

ثار التساؤل منذ وقت طويل حول ما اذا كان من الممكن تخويل المحافظين سلطة اصدار اللوائح التنفيذية، فذهب رأى (٨) الى أن (المديرين) لايملكون حق اصدار تلك اللوائح لأن طبيعة عمل المدير أو المحافظ وكونه مختصا بجزء من الاقليم يجعل اختصاصه اقليميا ، وهذا يمنع من اصدار لوائح تنفيذية للقوانين ، لأن هذه القوانين هي قواعد عامة تطبق على جميع السكان ، واللوائح المنفذة لها يجب أن تكون لها هذه الصفة العامة ،وأنه ليس من المقبول أن يقوم كل محافظ أو مدير بوضع لائحة تنفيذية لقانون أقره البرلمان لأن معنى ذلك اختلاف طريقة التنفيذ باختلاف (المديريات) والمحافظات الامر الذى يتنافى مع صفة القانون العامة.

ويستثنى البعض (٩) من ذلك حالة النص الصريح في القانون على اختصاص المحافظين باصدار اللوائح التنفيذية، فيقوم الدليل على أن تنفيذ القانون يختلف باختلاف المناطق ويكون المحافظ هو السلطة الطبيعية لوضع شروط التنفيذ ".

وقد ذهب رأى آخر (١٠) الى أنه للسلطات المحلية وفقا لقانون

---

(٨) الدكتور السيد صبرى : مقالته" سلطة عمل اللوائح" بالمحاماه، السنة ٢٢ ، ص ٨١٦ ـ وعكسه د. وحيد رأفت ود. وايت ابراهيم القانون الدستورى ص ٥٥٤.

(٩) الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى : القرارات الادارية سالفة الذكر ص٥٠٣

(١٠) د. بدرية جاسر الصالح: المرجع السابق ص ١٢٨.

الحكم المحلي رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ سلطة اصدار اللوائح التنفيذية وذلك على أساس أن المادة ١٤ من هذا القانون تنص أن " يختص المجلس المحلي للمحافظة باصدار التوصيات في المقترحات والخطط وبوجه خاص في المجالات الاتية : تطوير وتعديل القوانين واللوائح والقرارات ذات التأثير على مصالح المجتمع المحلي" . وقد استخلص القائل بهذا الرأي من هذا النص أن تعبير " تطوير القوانين " الذي جاء ذكره في المادة المتقدمة" يعني مسئولية السلطات المحلية في جعل النصوص التشريعية متلائمة مع ما قد يطرأ من ظروف جديدة غير متوقعة والذي يعني بدوره مهمة السلطات المحلية في اصدار كافة الاجراءات اللائحية والفردية اللازمة لتحقيق ذلك التلائم" .

ويعاب على هذا الرأي أنه أغفل أمراً على جانب كبير من الأهمية والوضوح، وهو أن كل سلطات المجلس المحلي للمحافظة في هذا الشأن لاتتعدى كما هو واضح في صدر المادة المشار اليها سلطة" اصدار التوصيات في المقترحات والخطط" ، مما يخرجها من نطاق القرارات الادارية بصفة عامة حيث لا أثر قانوني لها . يضاف الى ذلك أن تفسير تعبير" تطوير القوانين " الواردة في هذا النص على أنه ينطوي على سلطة اصدار" كافة الاجراءات اللائحية" هو تفسير متسع للغاية ولا أساس له .

وفي تقديرنا أنه ليس للسلطات المحلية حق اصدار اللوائح التنفيذية للقوانين تلقائيا ، وانما يجوز لها ذلك في حالة النص الصريح في القانون على اختصاصها باصدار لائحته التنفيذية ، أو بناء على تفويض من رئيس الجمهورية بذلك ، ويستند تعيين هذه السلطات المحلية أو تفويضها بذلك الى اعتبارات الصالح العام التي قد تتطلب اختلاف أساليب تنفيذ القانون من محافظة لأخرى وهو ما لا يتنافى في تقديرنا مع عمومية القانون ، بحيث تنطبق جميع قواعد القانون وأسسه ومبادئه وأهدافه في كافة الاقاليم مع اختلاف أساليب التنفيذ من اقليم لآخر وذلك تحت اشراف ورقابة القاضي الاداري الذي سيتأكد من مطابقة اللائحة التنفيذية للقانون ضمانا لوحدة التطبيق بالنسبة للمبادئ والأسس والاهداف.

المبحث الثالث
حدود اللوائح التنفيذيـــة

انتهينا الى أن الضرورات العلمية قد أدت منذ زمن بعيد الـــــى الاعتراف للسلطة الادارية بحقها فى اصدار اللوائح التنفيذية، ذلك لأنه مـــــن المستحيل ان تقيد الادارة بالسماح لها بمجرد التنفيذ المادى للقوانين اكتفـاء باصدارها للارشادات أو التوجيهات اللازمة لذلك دون حق التشريع فى صـــورة اللوائح التنفيذية، فمن المستحيل أن يكون تطبيق القاعدة التشريعية آليا الـى الدرجة التى لايكون للجهة المكلفة بتطبيقها سوى دور سلبى بحت، فهذه الجهة تقوم على الأقل باستخلاص معانى هذه القاعدة حتى ولو كانت محددة تمامـــــا، وعلى سبيل المثال فان تسجيل براءة الاختراع هو أمر لايمكن للادارة رفضه، ولكنها تستطيع أن تفحص اولا ما اذا كان هذا الاختراع قابلا للتسجيل طبقـا لنصوص القانون أم لا.

ويتطلب تنفيذ القوانين الى جانب تحديد الوسائل التى تضـــــع القوانين موضع التنفيذ، جهاز ادارى ذو تنظيم فعال لتحقيق هذا التنفيذ، مما يوجب تمتع هذا الجهاز بسلطة التنظيم الضرورية لكى يؤدى وظيفتـــه، وهو ما يوجب أيضا أن يحدد الجهاز بنفسه وسائل تنفيذ القوانين ليضمن لها أكبر قدر ممكن من الفاعلية بمطابقتها للواقع، ومن هنا اعترفت معظم الدساتير بحق الادارة فى اصدار اللوائح التنفيذية باعتبارها العنصر الأساسى فـــى وظيفتها المتعلقة بتنفيذ القوانين.

غير أن الدساتير لا تحدد تماما كيفية قيام الادارة باداء هذه المهمة، فبينما تحرص بعض الدساتير على النص على بعض الحدود المتعلقة بالسلطـــة اللائحية لتنفيذ القوانين مثل الدستور المصرى الحالى، تكتفى دساتير أخرى بالنص على اختصاص السلطة الادارية باصدار اللوائح التنفيذية دون ذكر لأية حدود [illegible] وذلك [illegible] الدستور الفرنسى [illegible]، مما يثير التساؤل حول مدى تلك السلطة اللائحية بصدد تنفيذ القوانين.

ومن ناحية أخرى فانه لما كانت الدساتير تفترض ضرورة وجود قانون حتى يمكن للسلطة اللائحية ممارسة اختصاصها اللائحى فى تنفيذ القوانين (١١) فان توسط القانون كذلك بين النص الدستورى و اللائحة ، يجعل من هذا القانون المسئول الاساسى فى تنظيم الوسائل التى سيطبق بواسطتها عن طريق اللائحة، ومن ثم يثور التساؤل حول الحدود التى يمكن للقانون أن يفرضها على السلطة اللائحية عند قيامها بتنفيذه .

وبناء على ذلك نتناول بالدراسة حدود اللوائح التنفيذية فى مطلبين نخصص أولهما لدراسة تلك الحدود وفقا للدستور ، وهى تلك الحدود التى يتعين على اللوائح التنفيذية مراعاتها حتى ولو سكت القانون عن تحديدها ، ثم نخصص المطلب الثانى لدراسة بعض الحدود التى يمكن للقانون اضافتها للحدود الدستورية .

المطلب الأول
حدود اللوائح التنفيذية وفقا للدستور

حرص المشرع الدستورى فى مصر على وضع بعض القيود التى تمثل حدودا للسلطة اللائحية عند قيامها بوضع اللوائح التنفيذية ، فطبقا للمادة ١٤٤ من الدستور المصرى فانه ينبغى أن تصدر " اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها " .

---

(١١) تعبر المحكمة الادارية العليا عن هذا الارتباط الوثيق بين القانون ولائحته التنفيذية بقولها ان "اللوائح التنفيذية انما تستمد وجودها وقوتها من القانون الذى تصدر تنفيذا لأحكامه ... لانها انما تنبثق عن القانون ويتوقف مصيرها عليه وجودا وعدما" ، حكمها فى ١٩٦٦/١٢/١٧ القضية ١٥٧١ لسنة ٧ق ، المجموعة السنة ١٢ ص ٣٩٥ .

وترتيبا على هذا النص يمكن استخلاص النتائج التالية :

١ ــ أنه يشترط فى اللوائح التنفيذية ألا يكون من شأنها تعديل أو تعطيل القانون الذى تضعه موضع التنفيذ أو غيره من القوانين ، أو الاعفاء من تنفيذها

٢ ــ انه يشترط فى الأحكام الواردة فى اللائحة التنفيذية ، أن تكون أحكامها لازمة لوضع القانون موضع التنفيذ ، وهو ما يعنى ضرورة عدم خروج اللائحة عن مفهوم " تنفيذ القانون " أى بسط قواعد القانون الذى تعمل على تنفيذه ، فتقوم بوضع القواعد اللازمة لاعداد القانون بما يحتويه من مبادىء وقواعد قانونية لكى يكون صالحا للتطبيق فى مجمل النظام القانونى للدولة ، وذلك بأن تستخلص مدى ودلالة القواعد المراد تطبيقها ، وتحديد المقصود منها لضمان وحدة التطبيق بالنسبة للأفراد ، ثم تحديد نطاق تطبيق القانون والتنسيق بين قواعده وما قد تكون القوانين الأخرى قد قررته بشأن ذات الموضوع لازالة احتمالات التعارض بينهما ، وبعد ذلك تتولى اللائحة تحديد الوسائل العملية لتنفيذ القانون وفقا للظروف المتغيرة ، وكذلك تعريف وتحديد الافكار القانونية التى وردت بالقانون دون تحديد لمضمونها والشروط القانونية لتطبيق أو عدم تطبيق الأحكام التشريعية الواردة فيه ، وأخيرا وضع القواعد اللازمة فى الامور التى اكتفى القانون فى شأنها بتحديد مبادئها فقط ، علاوة على تقرير كل الاجراءات الضرورية لضمان فعالية القانون ولو لم ينص صراحة أو ضمنا عليها فى نصوص القانون • وبذلك يصبح القانون قابلا للتنفيذ وجزءا من النظام القانونى للدولة •

٣ ــ استنادا الى الشرط السابق ، فاننا نعترف للسلطة اللائحية بحق الاضافة لقواعد القانون المراد تنفيذه ، بشرط أن تكون الأحكام المضافة للقانون والواردة فى اللائحة التنفيذية ، أحكاما لازمة لتنفيذ القانون الذى تهدف تلك اللائحة الى تنفيذه • والمقصود بحق الاضافة أن يكون للسلطة اللائحية الحق فى اضافة بعض القواعد الجديدة والاحكام التى لا تعد تفصيلا أو تكميلا لقواعد القانون المراد تنفيذه • ففى تقديرنا أنه يجوز للسلطة اللائحية

ان تضمن لائحتها التنفيذية كل حكم توجد نواته أو أساسه في القانون ، فتضيف الى القانون قواعد جديدة بشرط أن تكون متفقة صراحة أو ضمنا مع الهدف الذى يرمى القانون الى تحقيقه ، فوظيفة الادارة لا تقتصر على التنفيذ الحرفى للقانون وانما يتعين عليها أن تلائم بين احكامه والاعتبارات العملية ، فاذا اقتضت هذه الملاءمة اضافة قواعد جديدة للقانون ، فانها تكون مشروعة بشرط أن تكون ضرورية لتنفيذه ، وألا تتعارض معه نصا وروحا .

وهكذا فان تنفيذ القانون طبقا لهذا الاتجاه يعنى تحديد هذه القوانين واكمالها والاضافة اليها ، وهو استخلاص كل ما يمكن من محتوى القانون صراحة وضمنا ، وهو تقرير الأحكام الآمرة باسم القانون بنصه وروحه ، لذا فان " موضوع اللائحة التنفيذية ، ليس تنفيذ ما سبق ان نظمه القانون ، بل هو تنظيم ما لم يتسع وقت المشرع له من أمور خاصة بالقانون الذى أصدره .

فاللوائح التنفيذية فى حقيقتها ليست عملا منفذا بقدر ماهى عمل مكمل ومساعد للقواعد التشريعية ، اذ أن وظيفة اللائحة التنفيذية تكمن - أصلا - فى تكملة نصوص القانون وسد ما تركه المشرع من ثغرات ، ولاشك ان من مقتضى التكملة شمولها حق وضع التفاصيل التنفيذية وحق تقرير قواعد قانونية جديدة لم يرد لها ذكر بالقانون مع التحفظ ان تراعى الادارة فى قيامها بهذا النشاط الواسع حدود ما جاء به القانون وأن لاتنحرف الى غاية غير تلك التى استهدفها الشارع " . (١٢)

يؤكد ذلك أن النص الدستورى استبعد صراحة التعديل والتعطيل والاعفاء من تنفيذ القانون . وهى أمور ليس من بينها الاضافة ، وعليه فان محاولة

---

(١٢) د. بدرية جاسر الصالح ، المرجع السابق ص٢٨٧ ، ٢٨٨ ويؤيد هذا التفسير :
الاستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد فهمى ، النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص ٤٥٩ .
الدكتور السيد صبرى ، القانون الدستورى سالف الذكر ص٤٦١ ، [illegible]
ومقالته سالفة الذكر بالمحاماة ص [illegible] ، ٨١٤ .

بعض الفقهاء (١٣) انكار حق الادارة في الاضافة الى أحكام القانون من خلال اللوائح التنفيذية ، استنادا الى عدم مشروعية هذه الاضافة باعتبارها " تعديلا بالاضافة" للقانون ، يحرمة الدستور ، هو انكار لحقيقة قائمة ومشروعة. فمن ناحية، تعتبر الاضافة أمر مختلف عن التعديل ، فالتعديل هو أمر يتصل بقاعدة خضوع اللوائح التنفيذية للقانون ، بمعنى ان التعديل هو أمر غير مشروع لمخالفته هذه القاعدة، أما الاضافة بالمعنى الدقيق فهي تعني الزيادة على أحكام القانون بحكم جديد يتمشى ويتلاءم مع هذه الأحكام بحيث يمكن تطبيقه معها ، في حين أن التعديل يعني استبدال حكم بآخر لتعارضهما معا وتناقضهما وعدم امكانية تطبيقهما معا في وقت واحد. والغرض هنا أن الاضافة لا تتضمن اى تعديل للقانون أو تعطيل له، فاذا تضمنت الاضافة ذلك فهي ليست اضافة ، وانما هي تعديل غير مشروع للقانون.

وعليه فاذا كان التعديل هو أمر يتعلق بحدود شرعية اللوائح التنفيذية، فان الاضافة هي امر يتعلق بمدى السلطة اللائحية في تنفيذ القوانين ، ومن ثم يكون السؤال هو: هل هذه الاضافة تشكل خروجا من مجال التنفيذ ، الى مجال التشريع أم لا ؟

ولذلك ذهب جانب آخر من الفقه المصرى (١٤) ، الى أن عدم

= الدكتور أنور مصطفى الأهوانى ، رئيس الدولة في النظام الديمقراطى رسالة الدكتوراه، القاهرة ، ١٩٥٤ ص ٢٨١.

(١٣) الدكتور محمود عاطف البنا : حدود سلطة الضبط ، ١٩٨٠ ،ص ١٨٠
الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق ،ص ٢٠٤.

(١٤) الدكتور وحيد فكرى رأفت ، القانون الادارى ٣٨/١٩٣٦ ص ٢٩٩
الاستاذ الدكتور عبد الحميد متولى ،الوسيط سالف الذكر ص ٤٤٧
الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبدالباقى، نظرية القانون ،الطبعة الخامسة ١٩٦٦ ،ص ١٥٥.
الاستاذ محمد على رشدى ، بحث في مصادر التشريع، السلطة اللائحية، المحاماة السنة ٢١ ، ١٩٤٠ ص ٥٣ ملحق عدد ٤.

مشروعية الاضافة بواسطة اللوائح التنفيذية انما يرجع الى أن الاضافة انما هـي خروج من مجال التنفيذ الى دائرة التشريع، وهو اتجاه يمكن القول بأنه يسير فى الاتجاه الصحيح بعدم الخلط بين الاضافة والتعديل ، وبالتالى فهو وان كـان يرفض الاعتراف بمشروعية الاضافة، الا أنه يؤسـس رأيـه على اعتبار ان هذه الاضافة لا تدخل فى دائرة التنفيذ بواسطة اللائحة التنفيذية، وانمـا هى خروج من هذه الدائرة الى مجال التشريع .

وفى تقديرنا - كما سبق القول - فان الاضافة تعتبر خروجا مـن مجال التنفيذ الى مجال التشريع اذا أضافت الى القانون ما لاحاجة اليه فـى تنفيذه ، او بالاحرى ما ليس لازما لتنفيذه، وبالعكس فانها تكون مشروعـة اذا كانت لازمة لتنفيـذه، بالاضافة الى ضرورة توافر الشروط الدستورية الاخـرى المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ من الدستور المصرى وهى شروط تتعلـق بمشروعيتها .

وعليه يكون للادارة بل من الواجب عليها أن تضمن وضع القانـون موضع التنفيذ حتى ولو تطلب الامر اضافة أحكام جديدة لهذا القانون من خـلال اللائحة التنفيذية له ، شرط أن تكون هذه الاحكام لازمة لتنفيذ القانون .

يضاف الى ذلك أن قصر دور اللائحة التنفيذية على تقريرا لاحكـام التفصيلية أو الجزئية لما جاء بالقانون من قواعد ، يجعل من هذه اللائحـة مجرد منشور أو توجيه ليس له بذاته أى اثر قانونى ، مما ينفى عنها طبيعـة القرار الادارى أو العمل القانونى، ومن ثم تغدو من قبيل الأعمال المادية التى لا ترتب بذاتها أى أثر قانونى .

المطلب الثانى
حدود اللوائح التنفيذية وفقا للقانون

رغم أن الدستور سواء فى مصر أو فى فرنسا ينص على حق السلطة التنفيذية فى اصدار اللوائح التنفيذية وذلك فى المواد ١٤٤ من الدستور المصرى ، ٢١ من الدستور الفرنسى مما يجعل من هذه السلطة اختصاصا مستمدا من الدستور مباشرة، تمارسه السلطة التنفيذية دون حاجة الى نص او اذن من جانب السلطة التشريعية ، فان العمل قد جرى فى كثير من الاحيان على أن يدعو القانون الى اصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه .

والأصل انه لايجوز للبرلمان المساس باختصاص رئيس الجمهورية فى مصر ، أو الوزير الاول فى فرنسا ، باصدار هذه اللوائح ، ومع ذلك فمن المسلم به أن القانون يستطيع أن يتدخل فى احدى المسائل بتنظيمها الى أبعد مدى ممكن من التفصيلات والجزئيات بحيث يتضاءل دور السلطة اللائحية فى وضع قواعد القانون موضع التنفيذ الى حد كبير (١٥) وذلك لأن سيادة القانون فى مجاله ، ولو كان محددا هى سيادة غير قابلة للنقاش .

غير أن هذا التنظيم لايجوز أن يصل الى حد تجريد السلطة التنفيذية من هذا الاختصاص ، وذلك بالنص على منع السلطة التنفيذية من مباشرة الاجراءات اللائحية التنفيذية لاحد القوانين ، فمثل هذا النص اذا ورد فى القانون يكون غير مشروع ومخالفا لنصوص الدستور مباشرة ، اما استبعاد

---

(١٥) انظر تفاصيل ذلك مؤلفنا سالف الاشارة : اللوائح الادارية - ص ٢٧٧ .
VENEZIA, Sur l'exercice de la fonction executive par le Parlement de la Ve Republique, M. Burdeau, op.cit, p.481.

تنفيذ أحد أحكام قانون معين بواسطة النصوص اللائحية فهو أمر مشروع ،وهو ما يحدث مثلا اذا كان تنفيذ مثل هذا الحكم يتطلب فحص شخصي أو دراسة خاصة لظروف مسألة ما ، فان تدخل اللائحة بقواعدها "العامة والمجردة" في هذه الحالة سيكون مخالفا لروح القانون (١٦) ، ولذلك فان عدم شرعية مثل هذه اللائحة لا ينتج عن ارادة المشرع وانما عن مضمون الحكم التشريعي ذاته. (١٧)

ومن الملاحظ أيضا أنه حتى في حالة قيام القانون بتفصيل كافة الجزئيات اللازمة لتطبيق قواعده فان هذا التفصيل لا يؤدي الى استبعاد اللائحة التنفيذية مقدما ، لأن الضرورة قد تستوجب فيمابعد اصدار مثل هذه اللائحة لمواجهة الظروف الجديدة او التطبيقات المختلفة التي لم تكن معروفة وقت صدور القانون ولم تكن متوقعة ،والتي تتطلب اصدار اللائحة اللازمة لتيسير تطبيقه عليها .

بيد أن الغالب في القوانين ان يعتمد المشرع على اللائحة التنفيذية بصورة كبيرة ، وفي هذه الحالة قد يحرص على التدخل في تعيين بعض الحدود التي يتعين على السلطة اللائحية الالتزام بها ، وهو ما يبدو واضحا في مظهرين :

الأول : دعوة السلطة اللائحية الى اصدار اللائحة التنفيذية للقانون أو لبعض أحكامه على وجه الخصوص. ومن المسلم أن مثل هذه الدعوة لا تنشيء للادارة حقا جديدا لم يكن مقررا لها من قبل ، وانما هي تقرر أو تكشف فقط عن حقها المقرر دستوريا في اصدار اللوائح التنفيذية للقوانين ، باعتبارها مسألة تتصل بالتنفيذ وليس بالتشريع ، وعليه فالأصل أن للادارة حرية تقدير اصدار اللائحة التنفيذية او عدم اصدارها ، واختيار الوقت المناسب لاصدارها .

---

(١٦) C.E 13 Juin 1952, Bruntz, L.307.

(١٧) DOUENCE, op.cit, p.185.

ومع ذلك فان من شأن دعوة البرلمان للسلطة اللائحية لوضع اللائحة التنفيذية أن يترتب التزام على عاتق هذه السلطة بوضع تلك اللائحة ، بشرط أن تكون نية المشرع واضحة فى ترتيب هذا الالتزام، فلا يكفى مثلا ان يرد نص بالقانون يقضى بأن للادارة اصدار اللوائح التنفيذية اذا دعت الحاجة لذلك ، وانما يتعين أن تكون الدعوة ملزمة للادارة صراحة أو ضمنا ، وهو ما يستفاد فى كثير من الأحوال نتيجة تحديد مهلة زمنية محددة لاصدار اللائحة التنفيذية للقانون ، وبالتالى يقوم الالتزام بوضع اللائحة خلال هذه المدة تأسيسا على مبدأ المشروعية ، بحيث يؤدى الاخلال بهذا الالتزام الى ترتيب المسئولية القانونية علاوة على المسئولية السياسية على عاتق الادارة .

هذا ويتعين ملاحظة أن التجاء المشرع الى تحديد مهلة زمنية معينة لاصدار اللائحة التنفيذية ، يكون غالبا بهدف حث الادارة على اصدار اللائحة ومنع تراخيها أو تأخيرها فى ذلك . ومن ثم لا يترتب على الاخلال بهذا الموعد بطلان اللائحة اذا صدرت بعده ، وان كان ذلك لا ينفى مسئولية الادارة عن التعويض عن الاضرار التى قد تنجم عن هذا التأخير ، كما انه من ناحية أخرى لا يترتب على عدم صدور اللائحة تعطيل نفاذ القانون المراد وضعه موضع التنفيذ من خلال هذه اللائحة . ما لم يعلق المشرع صراحة نفاذ القانون على صدور لائحته التنفيذية ، اذ كان تنفيذ القانون مستحيلا دون صدور هذه اللائحة (١٨)

الثانى: فرض بعض القيود التى ينبغى على السلطة اللائحية الالتزام بها عند وضع اللائحة التنفيذية للقانون ، سواء من حيث الشكل والاجراءات كما لو تتطلب القانون استشارة جهة معينة بشأن أحكام هذه اللائحة أو بعضها ، أم من حيث الموضوع مثل حرمان الادارة من ممارسة

---

(١٨) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا : اللوائح الادارية سالف الاشارة - ص ٢٨١ ومابعدها .

التفويض بصدد بعض المسائل من خلال اللائحة، أو تحديد وسائل وطـــــرق معينة للتنفيذ دون غيرها • ففى مثل هذه الاحوال يتعين على السلطـــــــد اللائحية الالتزام بهذه القيود التى فرضها المشرع ، اذ من المسلم أن للمشـرع هذا الحق بالرغم من أن السلطة اللائحية تستمد اختصاصها بتنفيذ القوانيـــن من النصوص الدستورية مباشرة، اذ أن مدى هذه السلطة او هذا الاختصاص انما يتحدد من خلال القوانين التى تضعها اللائحة موضع التنفيذ. ومن ثم يحـــق للمشرع أن يقيد من مدى هذه السلطة شرط ألا يصل الى حد المصادرة الكاملة للاختصاص، وبالتالى يتعين التزام اللائحة التنفيذية بهذه القيود والا غـدت غير مشروعة •

المبحث الرابع
نطاق اللوائح التنفيذيـــة

سبق أن أوضحنا أن السلطة التشريعية تعبر بما تسنه من قوانين عن الارادة العامة فى الدولة ، ولذلك فان الأصل أن يكون نطاق القانون غيـــــر محدود ، بمعنى أن القانون أن يتناول بالتنظيم أية مسألة أو موضوع بحريـــة كاملة ما لم يقيده الدستور بصدد بعض الموضوعات، فيحظر تنظيم بعضها مثـل حظر انشاء الرتب المدنية (المادة ٢٢) والمصادرة العامةللأموال (المادة ٣٦) وتسليم اللاجئين السياسيين (المادة ٥٣) وعزل القضاة (المـــادة ١٦٨) ، أو يفرض بعض القيود الموضوعية عند تنظيم المشرع لبعض هذه الموضوعات مثلمـا نصت عليه المادة ١٣ بشأن فرض العمل جبرا على المواطنين حيث اشتـــــرط الدستور أن يكون ذلك لأداء خدمة عامة وبمقابل عادل ، وكذلك المادة ٨٧ التـــى اشترطت عند تحديد الدوائر الانتخابية ألا يقل عدد أعضاء مجلس الشعب عـــن ثلاثمائة وخمسين عضوا نصفهم على الأقل من العمال والفلاحين .

أما عن موضوعات اللائحة التنفيذية أو بالأحرى نطاقها فانه محدد بذات موضوعات القانون ، فهو يقتصر على تنفيذ القوانين ، ومن ثم يتحدد بموضوعاتـــه بمعنى أن الموضوعات التى يتولاها القانون بالتنظيم، هى ذات الموضوعات التـــى يمكن ان تتولاها اللوائح التنفيذية بالتفصيل ، بهدف وضع القانون موضــــــع التنفيـذ ، وتبعا لذلك يختلف دور اللائحة التنفيذية بحسب موضوع القانـــــون المراد تنفيذه وذلك على النحو التالى :

١ ـ قد يرى المشرع الدستورى احتجاز بعض الموضوعات ذات الأهمية الخاصة للقانون بحيث يقتصر الاختصاص بتنظيمها على السلطة التشريعيـــــة وحدها ، مما يضعف تماما من دور السلطة اللائحية بشأنها ، باعتبارها مـــــن الموضوعات القانونية بطبيعتها ، وهى موضوعات كان يتعين على المشرع الدستورى تنظيمها بنفسه ، الا أنه لاعتبارات مختلفة أوكل ذلك للسلطة التشريعية ذاتها ، مثل موضوعات الحقوق والحريات العامة ، وكذلك موضوع تنظيم بعض السلطـــات

العامة فى الدولة أو استكمال هذا التنظيم، اذا اكتفى الدستور بانشاء هـــذه السلطات وتحديد بعض أسس تنظيمها •

وعليه اذا نص الدستور على أن يكون تنظيم موضوع ما هو أمر محتجـز فقط للقانون فان دور اللائحة التنفيذية لهذا القانون يقتصر على وضع التفصيلات والجزئيات اللازمة لتنفيذ القانون دون الاضافة الى أحكامه، احتراما لحـــرص المشرع الدستورى على أن يكون التشريع فى هذه الموضوعات بيد السلطـــة التشريعية وحدها، لأن هذه الموضوعات المحتجزة للقانون تتصل غالبابالحقوق والحريات العامة، فلا يجوز للمشرع أن يتدخل بشأنها أصلا الا لتنظيمها وليس لتقييدها، ولما كان الأصل فى ممارسة هذه الحريات هو الاباحة، فان رفـض الاعتراف للادارة بالحق فى الاضافة الى قواعد القانون المنظم لها هو ضمان لهذه الحريات، حتى ولو ترتب على ذلك عدم وضع هذا القانون موضع التنفيـــد، اذ يتعين على المشرع فى هذه الحالة أن يعود الى التدخل بنفسه مرة اخـــرى لاستكمال أى نقص فى هذا القانون، والا عادت هذه الحرية التى ينظمها ذلـك القانون الى القاعدة الاصلية وهى الاباحة بصورة مطلقة من أى قيد •

٢ ـ اذا قام المشرع بتنظيم موضوع ما، ووضع القواعد والأحكـــام والتفاصيل الكافية لهذا التنظيم، فليس للائحة التنفيذية هنا سوى وضع هـــذه الأحكام موضع التنفيذ وفقا للقانون الذى تضمن هذه الأحكام، اذ ليس مـــن شأن هذا التنظيم الوارد فى القانون مهما كان المدى الذى وصل اليه فى وضـع التفصيلات والجزئيات، استبعاد اللائحة التنفيذية مقدما، لأن الضرورة قـد تستوجب فيمابعد اصدار مثل هذه اللائحة لمواجهة الظروف الجديدة أوالتطبيقات المختلفة التى لم تكن معروفة وقت صدور القانون ولم تكن متوقعة آنـــداك، والتى تتطلب اصدار اللائحة اللازمة لتيسير تطبيقه عليها •

ومع ذلك فليس للقانون أن ينص صراحة على استبعاد الحق فـــى اصدار اللائحة التنفيذية له، لأن من شأن هذا النص مصادرة صريحة للحـق الدستورى المقرر فى هذا الشأن •

٣ ـ اذا اكتفى المشرع بتحديد المبادىء الاساسية المتعلقة بموضوع ما ، فان للسلطة اللائحية أن تضع القواعد والأحكام اللازمة لتنظيم هذا الموضوع فى ضوء المبادىء الواردة فى القانون ، وفى هذه الحالة يكون الدور الانشائى التكميلى للائحة التنفيذية أكثر وضوحا ، حيث يكون للسلطة اللائحية أن تحدد بحرية كاملة الطرق والوسائل التى تراها ملائمة لتحقيق ارادة المشرع التى اقتصرت على بيان الاهداف والمبادىء الاساسية المتعلقة بالموضوع أو النشاط محل التنظيم.

٤ ـ وأخيرا قد يرى المشرع أن يترك الموضوع بأكمله للسلطة اللائحية، فيمنحها سلطة تنظيمية دون أن يلزمها فى ذلك بأية قيود أو مبادىء اساسية.

ولا شك فى أن هذا الموقف من المشرع ، على ندرته، يعتبر غير مشروع تماما ، اذ أنه تعبير واضح عن نزوله عن السلطة التشريعية ،ولايجوز القول بأن هذا النزول يقتصر على موضوع معين .وبالتالى فهو ليس نزولا كليا وهو أمر لم يمنعه الدستور، لأن الدستور اجاز التفويض فى موضوعات محددة . اذ أن مثل هذا القانون يعنى فى حقيقة الأمر اضافة الموضوع الذى حدده الى نطاق اللائحة المحدد ، ومن ثم فهو يعتبر تعديلا للدستور دون اتباع الاجراءات التى ينبغى اتباعها لاجراء مثل هذا التعديل ،ولايسوغ تفسير هذا القانون باعتباره من قوانين التفويض ، لأن للتفويض التشريعى اجراءات محددة وقيود خاصة نصت عليها المادة ١٠٨ من الدستور الحالى فى مصر (١٩) ،والفرض هنا ان المشرع لم يتبع هذه الاجراءات وانما أصدر قانونا عاديا يتضمن نزوله عن تنظيم احدى المسائل للسلطة اللائحية ،فلا يجوزاعتبار هذا القانون من قوانين التفويض، مما ينفى عن اللوائح الصادرة استنادا اليه طبيعة اللوائح التفويضية ومن ثم مشروعيتها .

---

(١٩) راجع بشأنها موءلفنا " لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية" سالف الذكر ، ص ٢٢١ ومابعدها .

بحدود الحريات ومدى الحدود التى يلزم أن ترد عليها وأوضاعها تحقيقا لاهداف الضبط الادارى ، ولذلك فمهما بلغت القوانين الضبطية من الدقة والتفاصيل فانها لا تغنى عن تدابير الضبط الادارى بما فى ذلك لوائح الضبط المستقلة عن القوانين .

والضبط الادارى - وكذلك الضبط التشريعى - حين ينظم الحريات العامة ويضع حدود النشاط الفردى ، فانه يستهدف وضع تدابير وقائية غايتها منع وقوع الاخلال بالنظام العام، وذلك بتوقى حدوث الجرائم وغيرها من الافعال التى تهدد الامن أو السكينة أو الصحة فى المجتمع ، أو الحد من استمرار الاخلال بالنظام العام ، وهو بذلك يتميز عن " الضبط القضائى" الذى يعنى بتحرى الجرائم بعد وقوعها والبحث عن مرتكبيها وجمع الأدلة ضدهم تمهيدا لمحاكمتهم وتنفيذ العقوبات التى يحكم بها عليهم .

ومن هنا فبالرغم من أن الضبط القضائى يؤدى الى صيانة النظام العام عن طريق الزجر والردع الذى تحدثه العقوبة فى نفوس أفراد الجمهور ، الا ان هذا الضبط لا يمكن الاعتماد عليه وحده فى تحقيق النظام العام، وحمايته وصيانته، فوظيفة الضبط أوسع مدى من مجرد الزجر أو الردع والترهيب من ارتكاب الجرائم، فهذه الوظيفة ترمى الى منع كل اخلال بالنظام العام أيا كان مصدره، ومن ثم وجب التدخل لمنع كل فعل يخل أو من شأنه الاخلال بالنظام العام، ولو لم يكن ذلك الفعل جريمة معاقبا عليها فى قانون العقوبات، وهو ما لا يتأتى الا عن طريق تدابير الضبط الادارى ،ولدراسة الضبط الادارى يلزم تحديد أهدافه ووسائله وحدود سلطاته والهيئات التى تتولاه .

المبحث الأول
أهداف الضبط الاداري

تتمثل أهداف الضبط الاداري في وقاية أو اقامة النظام العام في المجتمع ومنع الاخلال به أو اعادة استتبابه، ومن ثم فلا يجوز للسلطة الادارية ممارسة سلطات الضبط الاداري الا لتحقيق هذا الهدف، والاتعرضت للمسؤولية ولو كانت تستهدف أغراضا أخرى تحقق المصلحة العامة ٠

ولما كانت فكرة النظام العام تتسم بالمرونة والتطور، فمن الملاحظ أن المشرع يتجنب دائما تعريف النظام العام أو بيان مدلوله ومضمونه. ولذلك فان القضاء يتكفل بتحديد مدلول النظام العام عند نظر المنازعات . باستخلاص مضمون هذا النظام من وقائع الخصومة المطروحة عليه ، ولكنه – أي القضاء – . لا يضع معايير جامدة تبلور احساسه بفكرة النظام العام كي لا يتقيد بها مستقبلا .

أما الفقه ، فانه باهتمامه بهذه الأمور : فقد استقر على المبادىء الاتية : (١)

أولا : أن الضبط الاداري اما أن يكون عاما أو خاصا ،والضبط الاداري العام يعني كما أسلفنا حماية واقامة النظام العام بعناصره المتفق عليها وهي الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة، وتمثل هذه العناصر الحد الادنى للنظام العام الذي لا تتفاوت في الاخذ به كافة المجتمعات في كل زمان ومكان ٠

أما الضبط الاداري الخاص فانه يتصل بما قد ينظمه المشرع من صور خاصة للنظام العام في الدولة، وذلك من خلال القوانين التي تسنها

---

(١) • في تعريف النظام العام يمكن الرجوع الى :
الدكتور محمد عصفور : البوليس والدولة، ١٩٧٢ ، ص ٥٢ـ ٥٣
ورسالة :
BERNARD, La notion d'ordre public en droit administratif, Montpellier, 1959.

السلطة التشريعية لمواجهة ظروف مؤقتة أو عارضة ، أو ظروف خاصة متميزة ، وهو الأمر الذى يتحقق فى الصور التالية :

١ ــ مواجهة ظاهرة عارضة تمس بالاخلال أحد عناصر النظام العام المتفق عليها ، بحيث يحتاج الأمر الى تنظيم ضبطى خاص للقضاء على هذه الظاهرة بالمزيد من تدابير الضبط ٠

٢ ــ حماية النظام العام بعناصره المتفق عليها فى أماكن أو مرافق عامة تحتاج الى اجراءات خاصة للضبط ، مثل مرفق السكك الحديدية أو مترو الانفاق ، أو الى إنشاء هيئة ادارية مستقلة تتولى مهمة الحفاظ على النظام العام بخلاف السلطة الادارية الأصلية التى تتولى عموما هذه المهمة ٠

٣ ــ حماية النظام العام ممثلا فى عناصر جديدة خلاف العناصر المتفق عليها مثل حماية الغابات أوتنظيم الصيد أو المحافظة على الاثار ، وهى عناصر تختلف من دولة لأخرى أو من زمن لآخر ، ولذلك لايمكن تحديدها الا بالرجوع الى تشريعات كل دولة للتعرف على عناصر النظام العام فيها ٠

وعليه فان فكرة النظام العام تحدد نطاق الضبط الادارى العام والخاص ، ومن ثم فان تحديد عناصر هذا النظام تختلف من دولة لأخرى ، وأن اتفقت جميعها فى أن الحد الأدنى لهذه العناصر وهى الأمن العام والصحة العامة و السكينة العامة تمثل الضبط الادارى العام الذى يلزم على السلطة الادارية فى كل دولة أن تعمل على تحقيقه ومنع الاخلال بأى من أهدافه ، وذلك من خلال التدابير الضبطية المقررة قانونا ، والتى لايجوز للادارة مباشرتها الا لتحقيق هذه الأهداف لكى تكون هذه التدابير مشروعة ٠

ثانيا : فى اطار الضبط الادارى العام ، فان تحديد مدلول عناصر النظام العام فيه يتسم بدوره بالمرونة والتطور استجابة للمتغيرات الحديثة التى تلحق بالمجتمعات ، وخاصة مع التطور العلمى والتقنى فى شتى مناحى الحياة ٠ ومع ذلك يمكن تحديد مفهوم هذه العناصر بما يلى :

١ ـ اشاعة الأمن العام :

ويقصد به كل ما يطمئن الانسان على ماله ونفسه ، وذلك بمنع وقوع الحوادث أو احتمال وقوعها والتي من شأنها الحاق اضرار بالاشخاص والاموال لذا فانه على الادارة تحقيقا لهذا الهدف،أن تتخذ الاجراءات الكفيلة بتوفير الامن في الدولة كلها مما يقتضى منع الحوادث التي يسببها الانسان مثل السرقة والسطو ، أو المترتبة على الاشياء كالمنازل الآيلة للسقوط أو الحريق ، أوالناشئة عن الحيوانات الضارة أو حوادث المواصلات المتعلقة بتنظيم المرور ، ومنها الاضطرابات التي تخل بالأمن العام نتيجة النشاط الجماعي للأفراد مما يقتضى تنظيم المظاهرات في الطرق والأماكن العامة أو منعها والسهر على درء المؤامرات والفتن الداخلية، ومنها أيضا الاحتياط من المخاطر الطبيعية مثل الفيضانات الخطرة والانهيارات الارضية الناجمة عن الزلازل ، ودرء الكوارث العامة عموما ٠

وقد تعرض مدلول الأمن العام لتطور ملحوظ في المجتمعات الحديثة المعاصرة ، حيث يمكن التمييز بين أكثر من جانب للامن العام، فهناك شق اقتصادى تتضح معالمه يوما بعد يوم ومن مظاهره حماية العملة الوطنية من التهرب أو المضاربة غير المشروعة، ومكافحة التهرب من الضرائب أو دفع الرسوم الجمركية، وتوفير المواد التموينية والرقابة على اسعارها وانتقالها من مكان لآخر، وتحقيق المناخ الأمني اللازم للسياحة ،ومراقبة تحركات رؤوس الأموال من والى خارج البلاد ، وهناك الشق السياسى أيضا والذى تبرز أهميته في العديد من الدول التي تتعرض لما يطلق عليه " العنف السياسي" أو "الارهاب" كما يسميه البعض ، سواء قام على أساس دينى أو عرقى او جغرافى أو فكرى عقائدى مما يستوجب التصدى له للمحافظة على وحدة الدولة شعبا واقليما ،وأخيرا هناك الشق الاجتماعى للامن العام، وهو المتصل ببعض السلوكيات الاجتماعية المخلة بالأمن مثل فرض الاتاوات مقابل خدمات مزعومة ، والتسول الاجبارى ، والتعسف في ممارسة بعض الحقوق والحريات،وفرض المضايقات في وسائل المواصلات العامة ٠٠

٢ ـ المحافظة على الصحة العامة :

ويقصد بها كل الاجراءات الكفيلة بالمحافظة على صحة الجمهور ووقايته من أخطار الأمراض وانتشار الأوبئة ، ولذا يقع على عاتق الادارة أن تتخذ كافة الاحتياطات للقضاء على كل ما من شأنه المساس بالصحة العامة سواء كان ذلك متصلا بالانسان أو الحيوان أو الأشياء، فتقوم الادارة باتخاذ الاجراءات اللازمة لمراقبة سلامة الاغذية وعدم تلوث المياه و نظافة المساكن والمحلات العمومية والتحصين ضد الأمراض المعدية وهو ما يؤدى فى النهاية الى اختفاء الأمراض أو مخاطرها واستتباب السلامة الصحية بالطرق الوقائية .

ولذلك يلاحظ فى مختلف الدول الاهتمام المتزايد بمكافحة أسباب ومصادر التلوث مثل دخان المصانع ومخلفات الصرف الصحى و النفايات وخاصة الذرية والكيماوية ، علاوة على تنظيم تداول ونقل بعض المواد الضارة وتقييد استعمال هذه المواد فى بعض المجالات أو بعض الأماكن ، للحد من آثارها الضارة بالبيئة وصحة الانسان ، ومثال ذلك منع التدخين فى الاماكن العامة ، والحد من استخدام المواد الكيماوية المؤثرة على طبقات الأوزون المحيطة بالغلاف الجوى ، والعمل على تطوير بعض انواع الوقود ومصادر الطاقة لتكون أكثر نظافة أو بالأحرى أقل اضرارا بالبيئة كمحاولة طرح بنزين خال من الرصاص لاستخدامه وقودا للسيارات .

٣ ـ توفير السكينة العامة :

ويقصد بها اتخاذ الاجراءات الكفيلة بالمحافظة على الهدوء ومنع الضوضاء والجلبة داخل المناطق السكنية فى الطرق العامة ، ذلك أن بعض الحوادث لا تمس فى ذاتها النظام العام بشكل مباشر ، الا أنها حين تتجاوز حدودا معينة قد تتسبب فى مضايقات على درجة من الجسامة للأفراد تستدعى تدخل الادارة لمنعها ، ومن هذا القبيل الضوضاء المقلقة لراحة الناس مثل الأصوات المنبعثة من أجهزة الراديو والتليفزيون ومكبرات الصوت أوالمضايقات التى قد يسببها المتسولون والباعة الجائلون فى الطرق العامة . ولذلك يجوز للادارة ـ مثلا ـ أن تعمل على تخصيص مناطق محددة للأسواق العامة الكبرى أو للمنشآت

الصناعية ، بعيدا عن المناطق السكنية للمحافظة على الهدوء فيها .

ويمثل هذا الهدف مطلبا عزيز المنال في الدول غير المتقدمة ، حيث تتزايد معدلات الضوضاء والضجيج بها الى درجة عالية تؤثر حتما في الصحة العامة و خاصة من الناحية النفسية والعصبية ، حيث يتراجع الاهتمام من جانب السلطات الادارية في هذه الدول بصدد هذه الجوانب ، لحساب الامن العام مثلا بالرغم من تداخل عناصر النظام العام وتكاملها ، اذ من المؤكد أن تجاهل ما يتصل بعنصر السكينة العامة يؤدي حتما الى المساس بعنصر الأمن العام أو الصحة العامة ولو بعد حين ، علاوة على أنه يمكن اعتبار الضوضاء من قبيل التلوث للبيئة ، فهو تلوث سمعي يتسلل الى الآذان فيصيبها بالضعف والصمم ، حيث ثبت علميا أن نسبة ضعف حاسة السمع قد تزايدت في الأعوام الثلاثين الماضية الى ثلاثة أضعاف ما كان عليه من قبل .

وفي دراسة لمنظمة الصحة العالمية ، تأكد أن الضوضاء تصيب الانسان بالارهاق النفسي والجسدي وتجعله عرضة للضغط والتوتر والقلق العصبي . بل ان للضوضاء آثارها الضارة البالغة بالأطفال واتجاههم الى نهج السلوك العدواني تجاه بعضهم البعض ، وخاصة مع تقلص دور المدارس بل وانعدامه بصدد تربية وتكوين الطلاب من الناحية النفسية والاخلاقية .

ثالثا : ان الضبط الاداري العام يستهدف المحافظة على النظام العام ، أي تجاه الجمهور دون تحديد ، وعليه فان استخدام سلطات الضبط لحماية فرد معين أو مجموعة محددة الأفراد ، أو لحماية بعض لمصالح الطائفية أو الحزبية المتميزة عن مصالح الجماعة ، أوحماية بعض المبادىء السياسية والاتجاهات المذهبية التي لا صلة لها بالقيم الاساسية للمجتمع ولا يفضي التقاعس عن حمايتها الى هدم كيان ووجود الجماعة ، يعد انحرافا في استخدام سلطات الضبط الاداري .

ومن الجدير بالاشارة في هذا الصدد أن حماية " النظام السياسي "

للدولة، وهو أمر يختلف قطعا عن أمن الحكم أو السلطات العامة في ذاتها ، يدخل ضمن مدلول حماية النظام العام، بشرط أن يكون من شأن هذه الحماية الحفاظ على قيم أساسية للمجتمع ومنع انهياره فلا جدال في أن أمن الدولة يعتبر شقا من النظام العام ولا شبهة كذلك في أنه لكفالة حماية نظام الجماعة ينبغي الدفاع عن السلطة العامة التي تقوم لحماية الحقوق والحريات في وجودها وفي مبادئها مادامت هذه المبادىء معبرة عن القيم الاساسية للمجتمع . بيد أن الضبط الاداري وهو وظيفة في يد السلطات قد يسخر قصدا أو عفوا لغايات سياسية متميزة، كحماية مصالح خاصة للحكام ومن ثم فرض قيود على الحريات العامة بحجة وقاية المجتمع أو نظامه، وهنا يقع الانحراف ويكون المناط في مشروعية تدبير الضبط هو مدى اتفاق هذه المقاصد مع غاية وقاية النظام العام في المجتمع .

وعلى هذا الاساس يبقى خارجا عن نطاق الضبط الاداري وحفظ الامن العام حماية بعض المبادىء السياسية والاتجاهات المذهبية التي لا صلة لها بالقيم الاساسية للمجتمع ولا يفضي التقاعس عن حمايتها الى هدم كيان ووجود الجماعة ، فاذا ما حدث هذا فانه يعد انحرافا في استخدام سلطات الضبط الاداري لان وظيفة هذه السلطات تتحول من مجالها القانوني المحايد الى مجال تسيطر عليها فيه اعتبارات سياسية وثيقة الصلة بمقتضيات النظام العام أو الامن بمفهومه القانوني وذلك باستهداف تقييد الحريات بحجة تفادي اخلال موهوم أو مزعوم بالنظام العام. (٢)

---

(٢) راجع فيما تقدم الدكتور محمد عصفور : الدولة والبوليس سالف الذكر ، ص ٢٤١ ، وهو يرى أن الضبط الاداري كوظيفة اجتماعية محايدة هو ضرب من الاماني و تشبثا بوهم من الاوهام الديمقراطية وهو ابعاد حماية النظام العام من الاعتبارات والمؤثرات السياسية التي ترتبط وتلتصق بكيان الفكرة ذاتها (ص ٢٣٢) .

رابعا : ان النظام العام الذى تتولى سلطات الضبط صيانته ، يقتصر على النظام المادى الخارجي الملموس ، فلا يدخل فى نطاق الضبط صيانة النظام العام المعنوي أو الروحي أو الادبى ، أى ذلك الذى يتصل بالعقائد والافكار والمشاعر والضمائر ، حتى ولو كانت هذه المسائل الداخلية ضارة بالنظام الاجتماعى ، وذلك ما لم تقترن الحالة المعنوية أو الروحية أو الادبية ، بأفعال مادية خارجية من شأنها أن تصبح سببا من أسباب الاضطراب والمساس بالنظام العام المادى .

ويترتب على ذلك أن الخروج على الاداب العامة لا يسمح بتدخل سلطات الضبط الا حيث يهدد هذا الخروج النظام العام ، بأن ينطوى الاخلال الخلقى على اخلال مادى فى نفس الوقت ، من شأنه تهديد الأمن العام أو السكينة العامة .

غير أنه يلزم ملاحظة أن ما تقدم لا يعنى أنه ليس للادارة أو للدولة أن تتدخل للمحافظة على النظام الاجتماعى وحمايته من المؤثرات المعنوية والروحية الضارة ، اذ أن من المسلم به أن من أخص واجبات الدولة حماية المجتمع من كل اضطراب يخل بالنظام الاجتماعى ولو كان اضطرابا فكريا ، ولكن الدولة تستخدم لتحقيق هذه الغاية وسائل أخرى غير وسائل الضبط الادارى .

والغالب أن تتجه الدولة الى أسلوب الضبط القضائى لحماية الاداب العامة ، حيث يكون من العسير للغاية الوقاية من خلال تدابير الضبط الادارى من الاخلال بالاداب العامة ، ومن ثم يتم تجريم الكثير من مظاهر الاخلال بهذه الاداب وتوقيع عقوبات تتفاوت شدتها بحسب طبيعة هذا الاخلال أو مداه .

المبحث الثانى
وسائل الضبط الادارى

تمارس هيئات الضبط الادارى اختصاصها فى اقامة النظام العــــام ووقايته من أى تهديد بالاخلال عن طريق ما تملكه من سلطة اتخاذ تدابيــــر ضبطية والتى تتمثل فى لوائح الضبط وأوامر الضبط الفردية وتنفيذها جبريا .

المطلب الأول
لوائــح الضبـــط

تعتبر لواضح الضبط أهم أساليب الضبط الادارى وأبرز مظهر لسلطة الضبط الادارى ، وذلك لأنه عن طريقها تضع هيئة الضبط الادارى قواعد عامة موضوعية مجردة تقيد بها بعض أوجه النشاط الفردى فى سبيل صيانة النظــام العام ، وهى بذلك تمس حقوق الأفراد وتقيد حرياتهم بالضرورة من الناحيــة العملية ، لأنها تتضمن أوامر ونواهى وتقرر فى الغالب عقوبات توقع علـــــى مخالفيها .

والأساس القانونى لسلطة الادارة فى اصدار لوائح الضبط يتمثل فــى مصر فى المادة ١٤٥ من الدستور الحالى والتى تنص على أنه" يصدر رئيـــس الجمهورية لوائح الضبط" ولذلك تعد هذه اللوائح من اللوائح المستقلة عـــن القوانين ، وهنا وجه الخطورة من المساس بالحريات العامة عن طريق هـــذا العمل الادارى .

وقد سبق أن أوضحنا أنه لا توجد حريات من غير حدود حتـــى لاتؤدى مثل هذه الحريات الى الفوضى ، ولعل أهم قيد يرد على الحرية هـو الرغبة فى تمكين الآخرين من التمتع بنفس الحرية ، ولذلك فمن المتفق عليــه أنه يمكن بواسطة لوائح الضبط أن تفرض عدة أساليب ضابطة لتنظيم الحريـات يمكن ردها حسب شدتها ووطأتها على الحريات الى ما يأتى :

(أ) الحظـر : ومعناه أن تنهى اللائحة عن اتخاذ اجراء معيـن أو عن ممارسة نشاط محدد، وهو بذلك يعتبر من الأساليب الوقائية المانعة . وقد استقر القضاء على أن الحظر المطلق والشامل الذى ينصب على نشـاط جائز قانونا أو على ممارسة احدى الحريات العامة، فانه يكون بمثابة الغـاء للحرية الفردية ،ومن ثم فانه غير مشروع .

أما اذا كان الحظر جزئيا أى مقصورا على أماكن معينة ويطبق فـى أوقات محددة ولا يصل الى حد الغاء أحدى الحريات العامة، فانه يكـون مشروعا ، وذلك مثل وضع نظام بتحديد اتجاه واحد لسير العربات فى الطـرق العامة او تنظيم وقوف بعض السيارات فى أماكن معينة، وحظر التجول أوالتنقل خلال فترات زمنية محددة أو فى أماكن معينة، وحظر الاتجار فى بعض المـواد أو صناعتها مثل المفرقعات وبعض أنواع الاسلحة، وذلك استثناء من مبدأ حرية التجارة والصناعة .

- (ب) الاذن السابق (الترخيص) : وذلك بأن تشترط اللائحـة لممارسة نشاط معين ضرورة الحصول على اذن سابق بذلك من السلطـات المختصة،وهذا الاجراء يبدو أقل من الحظر وهو أيضا من الاساليب الوقائيـة المانعة، لما قد ينجم عن النشاط من ضرر وذلك بتمكين الادارة من فرض مـا تراه ملائما من الاحتياطات التى من شأنها توقى هذا الضرر أو رفـض الإذن بممارسة النشاط اذا كان لايكفى للوقاية من الضرر اتخاذ الاحتياطات المشـار اليها أو كان غير مستوف للشروط التى قررتها اللائحة الضبطية سلفا (٣) .

وفرض مثل هذا النظام، كقيد على الحرية، يتنافر مع حرية ممارسة النشاط الفردي وقد يفضي الي هدم هذه الحرية، ولذلك فان الفقه يتفق علـى انه لايجوز للائحة أن تشترط ضرورة الحصول على اذن سابق فيما يتعلـق

---

(٣) الدكتور محمد الطيب عبد اللطيف: نظام الترخيص والاخطار فـى القانون المصرى ــ رسالة دكتوراه ــ القاهرة ١٩٥٦ ،ص ٤٣٧.

بممارسة الحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون (٤) ، ومثال ذلك المادة ٤٦ من الدستور بشأن حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية ، والمادة ٤٧ منه بشأن حرية الرأى ، والمادة ٤٩ بشأن حرية البحث العلمى والابداع الأدبى والفنى والثقافى ، والمادة ٥٠ بشأن حرية الاقامة ، والمادة ٥٤ بشأن حق الاجتماع وهى تنص على ذلك صراحة .

أما فى الأحوال التى ينص القانون فيها على ضرورة الحصول على اذن سابق فينبغى على هيئات الضبط الادارى الا تنظم شروط الترخيص بصورة تكل فيها هذا الترخيص لسلطتها التقديرية حتى لا تضع ممارسة الحرية تحت رحمة تقديرها وفى ذلك أكبر الخطر على الحرية ، لذا يلاحظ فى اللائحة المستقلة جنوحا الى التقييد الذاتى بأن تضع الادارة شروط الترخيص بحيث تلزم نفسها عند استيفاء هذه الشروط الدقيقة بمنح الترخيص لممارسة الحرية التى تخضع لهذا الاسلوب الضابط .

ويتوقف ادراك طبيعة سلطة الادارة فى منح الترخيص او رفضه على فهم نظام الاذن السابق ، هل هو استثناء من الحظر أم استثناء من الحرية فاذا قلنا أن الأصل هو الحظر فان نظام الاذن السابق فى هذه الحالة هو عود الى الحرية وبالتالى فهو قيد على التحريم يرده الى الاباحة ، بينما اذ كان الأصل هو الحرية فان الترخيص يكون من مظاهر السلطة الضابطة حيث يعنى رفضه استثناء من الحرية .

ولا شك أنه فى هذه الحالة الأخيرة فان سلطة الادارة فى منح الترخيص او منعه تعتبر سلطة مقيدة حيث ينبغى ان يكون الرفض مبنيا على حكم قانونى ومحمولا على عناصر موضوعية ثابتة ، أما بالنسبة للحالة الاولى

---

(٤) الاستاذ الدكتور ثروت بدوى : القانون الادارى ، ١٩٧٤ ، ص ٣٩٨

فان الترخيص كاستثناء من خظر عام يجعل سلطة الادارة فى شأنه تقديرية باعتبار ان من يملك الحظر المطلق يملك تقييده من باب أولى ويوسع له فى سلطة تقييد هذا الحظر. (٥)

(جـ) الاخطار: وذلك بأن تشترط اللائحة ضرورة اخطار السلطة الادارية مقدما حتى تكون هيئة الضبط الادارى على علم بمباشرة النشاط ، ويعد الاخطار أمرا وسطا بين النظم الوقائية المانعة والنظم الزادعة لأن الاخطار لا يؤدى مباشرة الى اتخاذ تدبير وقائى محدد، ولكنه قد يؤدى الى أن تتخذ الادارة موقف المعارضة من هذا النشاط فى ميعاد معين ، وبهذا يتحقق الجانب الوقائى للأسلوب ، وقد تكتفى الإدارة باتخاذ كافة الاجراءات التى تقدر لزومها للحيلولة دون الاخلال بالنظام العام .

وفى تقديرنا أنه يتعين على الادارة اتباع نظام الاخطار اذا كانت احتمالات الاخلال بالنظام العام من جراء تصرفات الافراد أو نشاطهم قليلة أو محدودة، أما اذا تغلبت هذه الاحتمالات ، فليس من مفر سوى الالتجاء الى اسلوب الترخيص للتأكد سلفا من ضعف هذه الاحتمالات أو اتخاذ ما يلزم لمنعها تماما. والمشاهد عملا أن الادارة تفضل اخضاع كافة الأنشطة الفردية أو معظمها لأسلوب الترخيص حتى ولو كان احتمال الاخلال بالنظام العام ضعيفا ، وذلك بهدف الهيمنة أو السيطرة على أوجه النشاط الفردى ، مما يعد انحرافا بالسلطة عن استهداف المصلحة العامة .

---

(١) الدكتور محمد الطيب عبد اللطيف ــ رسالته سالفة الذكر ، ص٤٠١
الدكتور محمود سعد الدين الشريف، النظرية العامة للضبط الادارى ، مجلة مجلس الدولة ــ السنة ٢ ص ٢٨٢.
كذلك مقالته : أساليب الضبط الادارى والقيود الواردة عليه ــ المجلة ذاتها ــ السنة ١٢ ص ٥٠.

(ذ) التهديد الجنائى : وأخيرا فقد لا تشتمل اللائحة علـــى أحكام تحظر نشاطا معينا أو تخضعه لشرط الحصول على اذن سابق أولضرورة اخطار الادارة مقدما بل تقتصر على تنظيم نشاط الافراد وذلك بأن تكتفـــى بوضع توجيهات معينة محددة كأن تبين لذوى الشأن وجوه التهديد بالاخـــلال بالنظام التى يتعين عليهم توقيها بحيث يترتب على عدم مراعاة ذلك توقيع بعض الجزاءات الجنائية عليهم مثل الغرامة أو المصادرة ، ولها أيضا أن تكلفهـــم معالجة مصادر تهديد النظام الناشئة عن كيفية ممارستهم للحرية ، ولكنها لايجوز لها أن تفرض عليهم اتخاذ وسيلة معينة لمجانبة الخطر اذا أمكن أن يقـــع اختيارهم على احدى الوسائل المجدية فى اتقاء هذا الخطر ٠

والسبب فى عدم تخويل الضبط سلطة التغلغل الى الحد الـــذى يفرض معه الوسائل ، هو الحرص ما أمكن على حرية المواطنين فى اختيـــار اقل الوسائل مؤونة ما دامت النتائج التى تفضى اليها الوسيلة تدرأ ما يختـــل به النظام ، ولذلك يعد هذا الأسلوب أرفق الأساليب بالحرية وأوسعها صـــدرا لها لأن الفرد يمارس حريته دون أن يتقيد بأى قيد فاذا أساء استعمالهـــا وجاوز حدودها ساءله القانون الجنائى الحساب لاعتباره هذه المجاوزة جريمة فى حق المجتمع ٠

وقد يبدو هذا النظام قائما على الردع القاطع ، الا أن جانب التنظيم الوقائى فى اللائحة واضح أيضا لأن المقصود من العقوبة هو اجبار المهدديـــن بها على التزام الاحتياطات الوقائية لتفادى الخطر وبذلك يتوصل التنظيـــم الضابط عن طريق التهديد بالعقوبة الى تفادى الاخلال بالنظام بالـــزام المخاطبين باحكامها اتباع ما رسمته من تنظيم وقائى ٠ أما اذا خالفوها حـــق عليهم العقاب لأنه بمخالفتها يفترض انهم تعمدوا الى انشاء وضع مهدد للنظام ٠

المطلب الثانى
أوامر الضبط الادارى الفردية

تتم ممارسة سلطة الضبط الادارى ايضا عن طريق اصدار أوامر فردية ، هى فى جوهرها قرارات ادارية تستهدف الادارة تطبيقها على فرد معين بذاته أو على عدد من الأفراد المعينين بذواتهم أو بصدد حالة محددة .

ومثال ذلك: الأمر الصادر بمنع اجتماع او تجمهر أو مظاهرة ، أو بهدم منزل أو الاستيلاء عليه ، أو بمصادرة جريدة أو منشورات ، والواقع أن نشاط الضبط الادارى لايمكن أن يقتصر على اصدار لوائح الضبط ، وانما يتم ذلك تطبيق هذه اللوائح وأيضا التشريعات الضبطية عن طريق اصدار الأوامر الفردية .

ولذلك فالأصل ان تصدر هذه الأوامر الفردية استنادا الى نص فى القانون او اللائحة الضبطية ، وأن تكون هذه الأوامر مطابقة لما ورد فى النص من أحكام وقواعد قانونية ، ومع ذلك ، ليس ثمة ما يمنع هيئة الضبط من أن تصدر أوامر فردية بتنظيم نشاط فردى معين لم يكن قد تناوله قانون أو لائحة بالتنظيم ، وذلك بشرط أن يكون هناك ظرف استثنائى يتطلب اتخاذ هذا الاجراء باعتباره الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذا الظرف .

وعلى سبيل المثال ، فان مصر فى الأصل ليست من الدول التى تقع فى أى من أحزمة الزلازل المعروفة ، فلم يكن من المتوقع أن يصيبها زلزال أرضى مدمر ، ومن ثم لم يجد المشرع ولا السلطة اللائحية دافعا لوضع التنظيم الضبطى الملائم لمواجهة مثل هذا الاحتمال ، فاذا فوجئت البلاد مثلما حدث فعلا فى أكتوبر ١٩٩٢ بوقوع زلزال مدمر ، فليس من مفر سوى تدخل الادارة بتدابير فردية أو خاصة لمواجهة هذا الظرف دون انتظار سن تشريع أو لائحة ، وفى مثل هذه الحالة تعتبر تصرفات الادارة مشروعة رغم عدم استنادها لنص ، مادامت هذه التصرفات لازمة لاعادة النظام العام ، وكانت متناسبة مع هذا الظرف المفاجىء ، ومجدية فى تحقيق الهدف منها .

المطلب الثالث
التنفيذ الجبرى لأوامر الضبط

يجوز أيضا لهيئات الضبط الادارى الالتجاء الى التنفيذالجبرى لاوامرها الضبطية، أى استخدام القوة المادية لاعادة النظام العام الى ما كان عليه واجبار الافراد على احترامه •

والأصل ألا تلجأ هيئات الضبط الادارى الى استخدام القوة المادية الا اذا رفض الافراد تنفيذ أوامر الضبط طواعية واختيارا، وفى هذه الحالة يجوز للادارة دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء وبصفة استثنائية، استخدام القوة المادية مباشرة لتنفيذ هذه الأوامر• وبالنظر الى ما يمثله التنفيذ الجبرى من خطورة حقيقية على ممارسة الافراد لنشاطهم وحرياتهم ، فان القضاء يتشدد فى الاعتراف بهذا الحق للادارة ولا يعترف بمشروعيته الا بالشروط التالية ، والا حمل الادارة المسئولية عما يترتب على تصرفها من اضرار، وهذه الشروط تتعلق بمشروعية وتنفيذ الاجراء أو الأمر محل التنفيذ الجبرى المباشر وهى:

١ ـ أن يكون الاجراء او الأمر الذى عمدت الادارة الى تنفيذه بالقوة الجبرية مشروعا وفقا للقوانين واللوائح ••

٢ ـ أن يكون فى وسع الأفراد تنفيذ هذا الأمر أوالاجراء•

٣ ـ أن يثبت امتناع الأفراد عن التنفيذ اختيارا، وأن الادارة قد اعطت لهم المهلة الزمنية المعقولة للقيام بهذا التنفيذ •

٤ ـ ان يكون استخدام القوة المادية الجبرية هو الوسيلة الوحيدة لاعادة النظام العام ، وأن يتم استخدامها بالقدر الذى تقتضيه الضرورة•

المبحث الثالث

حدود سلطات الضبط الادارى

لا جدال فى أن وظيفة الضبط الادارى تخضع لسيادة القانون فاذا تجاوز تدبير ضبطى حدود مبدأ المشروعية حق الغاؤه، غير أن التدابير الضبطية تخضع أيضا للمزيد من القيود وذلك نظرا لعلاقتها الوثيقة بالحريات العامة، حيث تعتبر وظيفة الضبط الادارى ضرورة اجتماعية ترمى الى ضبط حدود الحريات العامة التى ينجم عن اطلاقها قيام الفوضى المؤدية الى انتكاسها، ولما كان من المحتمل أن تسخر سلطات الضبط هذه الوظيفة قصدا او عفوا لغايات أخرى متميزة وتقوم تحت ستار الضبط الادارى بتقييد الحريات بحجة تفادى اخلال موهوم أو مزعوم بالنظام العام، فانه من المتفق عليه أن سلطة الضبط تخضع لقيود أخرى، خلاف ما يفرضه مبدأ المشروعية على نشاط الادارة بصفة عامة، يكون من شأنها أن تحدد المدى الذى يجوز فيه لسلطة الضبط أن تمس فيه الحريات العامة للأفراد ٠

ومن ناحية أخرى، من المتفق عليه أيضا أنه اذا قامت ظروف استثنائية تهدد البلاد بوقوع أخطار جسيمة وحالة، فان للادارة أن تتجاوز الحدود التى يفرضها مبدأ المشروعية بأن توسع من سلطاتها حتى تتمكن من مواجهة هذه الظروف ٠

وبناء على ذلك يمكن القول بأن حدود سلطة الضبط الادارى هى ذاتها حدود نشاط الادارة وفقا لمبدأ المشروعية بالاضافة الى المزيد من القيود نظرا لعلاقة الضبط الادارى بالحريات العامة، ومع ملاحظة أن للادارة تجاوز معظم هذه القيود فى حالة الضرورة اذا قامت ظروف استثنائية ٠

المطلب الأول

حدود الضبط الادارى وفقا لمبدأ المشروعية

أوضحنا سلفا أن مبدأ المشروعية يعنى سيادة القانون ،ومن ثـم فهو يقتضى خضوع الادارة للقانون ، بحيث يلزم أن يتفق كل تصرف للسلطة الادارية مع قواعد القانون التى تعلو فى المرتبة الالزامية تصرف الادارة،والا وقع هذا التصرف باطلا وغير نافذ شرعا وحق للقضاء أن يحكم بالغائه وتقرير مسؤولية الادارة عما يترتب عليه من أضرار • و ينبنى على ذلك النتائج التالية :

١ ـ اذا قام الدستور بكفالة بعض الحريات باعتبارها حريات مطلقة، فانها لا تخضع لأى تنظيم ضبطى سواء كان تشريعيا أم اداريا ، وهو مايعنى الضمان الكامل لممارسة هذه الحريات والحقوق المطلقة على خلاف الحريات التى تستجيب للتنظيم •

ومن أمثلة هذه الحريات فى الدستور المصرى الحالى: حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية (م ٤٦) ، وحق المواطن فى عدم ابعادة عن البلاد وعدم منعه من العودة اليها (م ٥١) وحق الاجتماع الخاص الهادىء دون حمل سلاح(م٥٤) •

٢ ـ اذا توقف الدستور عند الأسس والمبادىء الرئيسية التى تحكم الحقوق والحريات تاركا للقانون مهمة وضع التنظيمات الملائمة لها فى اطار هذه الأسس وتلك المبادىء ، فليس للادارة أن تصدر لوائح ضبط مستقلة بشأنها ، وكل ما تملكه أن تنفذ القوانين الضبطية بلوائح تنفيذية لها ، وأوامر فردية تطبيقا لها •

ومن أمثلة هذه الحقوق والحريات: الحرية الشخصية للمواطنين (م ٤١ من الدستور) ، حرمة المساكن (م ٤٤ من الدستور) ، حرمة وسائل الاتصال (م ٤٥) ، حرية الرأى والتعبير عنه(م٤٧) ، حرية التنقل والاقامة (م ٥٠) ، حق تكوين الجمعيات (م ٥٥) •

٣ ـ اذا صمت الدستور عن تحديد الجهة المختصة بتقييد حرية ما او نشاط فردى ، يكون للمشرع أن يفرض ما يراه مناسبا من قيود تتعلق بها بغرض المحافظة على النظام العام ، كما يكون للادارة أن تفرض عليها قيودا اخرى شرط الا تخالف فى ذلك القواعد الدستورية او التشريعات الضبطية .

ومن أمثلة ذلك : حرية البحث العلمى والابداع الادبى والفنى والثقافى (م ٤٩ من الدستور) .

٤ ـ يلزم فى تدابير الضبط الادارى بصفة عامة أن تكون مشروعة أى متفقة مع القانون بصفة عامة ، ومن ثم يجب صدورها من جهة مختصة بذلك وطبقا للاجراءات الشكلية المقررة ، مستهدفة تحقيق غرض الضبط الادارى الذى نص عليه المشرع ، أو تحقيق النظام العام بعناصره المتفق عليها اذا لم يوجد هذا النص ، ودون أن تخالف أية قواعد قانونية تعلوها فى المرتبة الالزامية وتتصل بنفس النشاط او الحرية .

ولعل أكثر ما ينبغى على تدبير الضبط احترامه هو المبادىء القانونية العامة ، حيث يتعلق الكثير من هذه المبادىء بالحريات العامة بالاضافة الى بعض المبادىء الأخرى ذات الأهمية الخاصة مثل مبدأ المساواة ، واحترام حجية الشىء المقضى فيه .

المطلب الثانى
حدود الضبط الادارى
الناتجة عن علاقته بالحريات العامة

لا ريب فى أن أخطر وسائل الادارة التى من شأنها المساس بالحريات العامة للافراد ، تتمثل فى تدابير الضبط الادارى ، ولايخفف من هذه الخطورة خضوع تلك التدابير لمبدأ المشروعية ، فلئن كان صحيحا أنه لا يمكن القول بوجود حريات عامة الا فى الدول القانونية ، وأن هذه هى أولى ضمانات

الحريات العامة (٥) ، الا أن قيام الدولة القانونية لايعتبر شرطا كافيا لضمان هذه الحريات ، ولا ريب في أن أقوى ضمان لحماية الحقوق والحريات في الدول التي لا يزال الرأي العام فيها في دور التكوين ولا يباشر فيها المجلس التشريعي دوره الرقابي الواجب ازاء الحكومة التي تتوافر لها وسائل التأثير فيه والسيطرة الفعلية عليه ، هي الرقابة القضائية .

ولذلك استقر القضاء الاداري في فرنسا منذ زمن بعيد على أنه " لتحديد سلطة الضبط الاداري في مسألة معينة ، لابد من ملاحظة أن صلاحيات هذا الضبط لا تعدو أن تكون قيودا على حريات الأفراد وأن نقطة البدء في قانوننا العام هو الايمان بتراث حريات المواطنين والاعتقاد بأن حقوق الانسان هي عنوان دساتيرنا الجمهورية المتعاقبة وأن هذا الأمر قد استقر صراحة وضمنا ، وكل جدل في نطاق قانوننا العام ، لكي يقوم على أساس وطيد من المبادىء العامة ، لابد أن يؤمن مقدما بأن الحرية هي الأصل والقيود الضبطية الواردة عليها هي الاستثناء" (٦) .

ومن منطلق ايمان القضاء الاداري في مصر وفرنسا ، بأن تدابير الضبط الاداري اذ تمس الحريات الأساسية للمواطنين ، يجب أن تخضع لرقابة قضائية فعالة تفوق مثيلتها لغير ذلك من أعمال الادارة ، فقد استقر على المبادىء الآتية :

---

(٥) COLLIARD, Libertés Publiques, 5 éd., 1975, p.98.

وراجع في هذا الموضوع : الدكتور محمود سعد الدين الشريف ــ فلسفة العلاقة بين الضبط الاداري وبين الحريات العامة ــ مجلة مجلس الدولة ــ ١٩٦٩ ، ص ٥٠ .

(٦) C.E 10.8.1917, Baloly, L.637.

١ ـ ليس للادارة أية سلطة تقديرية بصدد الضبط الادارى ، بمعنى أنه كلما اتخذت سلطة الضبط اجراء يقيد ممارسة احدى الحريات، فانها لا تتمتع مطلقا بأية سلطة تقديرية فى ذلك ، حتى ولو لم يقيدها المشرع بصدد هذا الاختصاص لأن تعلق التدابير الضبطية بالحريات العامة يجعلها بعيدة عن مجال الملاءمة أو السلطة التقديرية، ومن ثم فان القاضى الادارى يتولى فحص الاجراء الضبطى والتأكد من توافر الأسباب أو الظروف الواقعية والتى تمثل اخلالا جديا وحقيقيا بالنظام العام بحيث يمكن للادارة الاستناد عليها لتبرير تدخلها بالاجراء الضبطى وبالتالى يتأكد القاضى من أن تدخل الادارة بالاجراء الضبطى كان ضروريا لمنع التهديد الجدى والحقيقى للنظام العام والذى لم يكن مجرد مضايقة أو اخلال خفيف به. (٧)

فبعد أن يتحقق القاضى الادارى من أن الاجراء محل النزاع قد تم اتخاذه بهدف الحفاظ على النظام العام، يتعين عليه أن يبحث بصورة مجردة كل الظروف والملابسات المحيطة بهذا الاجراء للتأكد من أن اتخاذ هذا الاجراء كان لازما او ضروريا لتحقيق هذا الهدف ، فاذا تبين له أن درجة خطورة هذه الظروف وتلك الملابسات لم تكن تستلزم هذا التدخل ، فان اجراء الادارة يكون غير مشروع. أما اذا تبين للقاضى أن الحفاظ على النظام العام لم يكن من الممكن تحقيقه دون اتخاذ هذا الاجراء وليس أى اجراء آخر أقل منه وطأة على الأفراد ، فانه يعترف بمشروعية هذا الاجراء باعتباره التدبير الضرورى الذى يستلزمه الحفاظ على النظام العام.

ويفسر جانب من الفقه هذا القضاء بأنه يشترط فى اجراء الضبط الادارى ثلاثة شروط: أن يكون الاجراء ضروريا ، وأن يكون فعالا ومجديا ، وأخيرا أن يكون هناك تناسبا بين خطورة الاخلال ودرجة تقييد الحريات

---

(٧) راجع فى هذه المسألة :

الدكتور محمود عاطف البنا : حدود سلطة الضبط الادارى ، ١٩٨٠ ص ٣٤٣.

الدكتور محمد محمد بدران : الطبيعة الخاصة للضبط الادارى والاثار القانونية المترتبة عليه ، ١٩٨٩.

العامة (٨) ، في حين يرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن رد هذه الشروط الى مبدأ الضرورة أو اللزوم ، بمعنى أن " اشتراط أن يكون التدبير الضبطي ضروريا هو جماع لعدة شروط يميز بينها البعض عندما يتطلبون في الاجراء أن يكون ضروريا وفعالا ومتناسبا ، فالضرورة تقتضي أن يكون الاجراء كفيلا بتوقي وقوع الاضطراب أو الاخلال بالنظام العام ، أي أن تكون الوسيلة فعالة ، كما أن الضرورة تعني كذلك ان هذا الاجراء بالذات الذي اتخذته الادارة لازم لتوقي الخطر دون أي تدبير آخر أقل منه اعاقة للحرية ، أي أن يكون متناسبا مع جسامة الاضطراب الذي تهدف الادارة الى تفاديه ، فالضرورة تقدر بقدرها . " (٩)

وقد اعتنق القضاء الاداري في مصر منذ نشأته مبدأ ضرورة الاجراء الضبطي ولزومة ، وفي ذلك قضت محكمة القضاء الاداري بأنه" اذا كانت لوزير الداخلية سلطة الضبط الاداري التي تقوم على وسائل وقائية تهدف الى صيانة النظام العام والمحافظة عليه ، فان عليه في الوقت ذاته الى جانب واجب المحافظة على النظام العام واجبا آخر هو عدم التعرض لحريات الافراد وحقوقهم العامة أو المساس بها الا بالقدر اللازم فقط لصيانة هذا النظام وبشرط قيام اسباب جدية تبرر تصرفه ، وأن يكون الاجراء المتخذ هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر الذي يهدد الأمن والنظام . فاذا كان من المستطاع دفع الخطر وتوقي ضرره بالطرق القانونية العادية فليس يسوغ الالتجاء الى الاجراءات الشاذة الاستثنائية متى تساوت النتائج التي توصل اليها كلتاهما ،

---

(٨) BRAUD, La notion de liberté publique en droit français, 1968.
BURDEAU, Les libertés publique, 1972, P.45.

(٩) الدكتور محمود عاطف البنا : حدود سلطة الضبط سالف الاشارة ، ص ٤٣٧ .
لمزيد من التفاصيل راجع مؤلفنا : قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للادارة ـ ١٩٩٢ ـ ص ٢٤١ .

وكانت الأولى كفيلة بتحقيق الغاية ذاتها التى شرعت من أجلها الثانية وهى ضمان سلامة النظام العام فى نهاية الأمر، وذلك لانتفاء الضرورة التى تحتم الالتجاء الى الطرق الاستثنائية" (١٠) ، وفى حكم سابق قضت المحكمة كذلك بأنه" فيما يتصل بالحريات العامة وجب أن يكون تدخل الادارة لأسباب جدية تبرره، فلا يكون العمل الادارى عندئذ مشروعا الا اذا كان لازما، و هو فى ذلك يخضع لرقابة المحكمة ، فاذا ثبتت جدية الأسباب التى بررت هذا التدخل كان القرار بمنجاة من أى طعن ، أما اذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ولم يكن فيها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة كان القرار باطلا" . (١١)

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بشأن حق الادارة فى منع الاجتماعات بأن" سلطة الحكومة فى هذا المنع هى قيد استثنائى وارد على أصل حق هو احدى الحريات العامة فيجب والحالة هذه أن يفهم القيد المذكور فى أضيق حدوده ، فلا تستعمله الحكومة الا للضرورة القصوى ، وذلك عندما تقوم لديها أسباب حقيقية لها سندها من الواقع تدل على أن مثل هذا الاجتماع من شأنه حقا الاخلال بالأمن العام . وهى فى هذا الشأن تخضع لرقابة المحكمة حتى لا يبدد الحق ذاته تحت ستار تلك الرخصة الاستثنائية" (١٢)

---

(١٠) حكمها فى ١٩٥٥/١/٨ قضية ٨٨٠٦ لسنة٨ق ، المجموعة السنة ٩ ص ٢٤٦.

(١١) حكمها في ١٩٥٣/٤/٢٩ قضية١٠٢٦ لسنة٦ ق ، المجموعة السنة ٧ ص ١٠٢٧.

(١٢) حكمها فى ١٩٥١/٧/٣١ قضية ١٣٢٠ لسنة ٥ق ، المجموعة السنة ٥ ص ١١٥٠ — وفى ١٩٥٢/١/٢٢ قضية ١٦٧ لسنة ٥ ق ، المجموعة السنة ٦ ص ٣٤٠ ، راجع كذلك المحكمة الادارية العليا فى١٩٦١/١/١٣ قضية ٦٧ لسنة ٢ق ، المجموعة السنة ٦ ص ١٠٢٠ — وفى ١٩٦٨/١١/٩ قضية ٨٨٢ لسنة ١٣ ق ، المجموعة السنة ١٤ ص ٢٨.

٢ – ومن ناحية أخرى فان رفض الادارة التدخل في بعض الاحيان بسلطاتها الضبطية يخضع كذلك للرقابة، حيث تنعدم سلطـــــة الادارة التقديرية في التدخل أو عدم التدخل باجراءاتها الضبطية • فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على تقرير مسئولية هيئات الضبط اذا ثبت أن امتنـــاع الادارة عن التدخل بتدابيرها الضبطية قد ترتب عليه خسائر أو أضرار بالافراد، بل وأجاز للأفراد الطعن بالالغاء ضد قرار الادارة" السلبي" برفض التدخـــل وممارسة سلطاتها الضبطية على أساس أن حفظ النظام العام يعد اختصاصـــا يقع على عاتق بعض السلطات طبقا للقانون والدستور، ويتضمن هـــــذا الاختصاص الى جانب الحقوق التي يمنحها لتلك السلطات بعض الواجبـــات، أهمها هو التزام هذه السلطات باتخاذ الاجراءات التي لاغنى عنها لحفظ النظام العام، وهو ما يعني في حقيقته الالتزام بممارسة وظائفها • وعليه فانـــه اذا كانت ممارسة سلطة الضبط مقيدة وخاضعة للرقابة ، فان الامتناع عن ممارستها يكون ايضا مقيدا وخاضعا للرقابة•

ولذلك يمكن القول أن القاعدة هي أنه كلما اتخذت سلطة الضبط اجراء يقيد ممارسة احدى الحريات ، فانها لا تتمتع مطلقا بأية سلطة تقديرية في ذلك، حتى ولو لم يقيدها المشرع بصدد هذا الاختصاص، لان تعلـــق الاجراءات الضبطية بالحريات العامة يجعلها بعيدة عن مجال الملاءمــــة أو السلطة التقديرية ، وسواء تمت ممارسة هذا الاختصاص في الظروف العادية أم في الظروف الاستثنائية، ويمتد هذا التقييد حتى في حالة رفض الادارة أو امتناعها عن اتخاذ الاجراءات الضبطية الضرورية لمواجهة أي اخلال بالنظـــام العام" (١٣)

---

(١٣) DRAN, Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques, L.G.D.J. 1968, p.307.

MORANGE, Reflexions sur la notion de securité publique, D. 1977, P.62.

C.E 28.5.1954, Barel, L.308.

للرقابة ، فان الامتناع عن ممارستها يكون أيضا مقيدا وخاضعا للرقابة •

٣ ــ التزام الادارة بمبدأ " ايثار الحرية" ، فاذا ما اشتبه الامر على سلطة الضبط الادارى بين اعتبارى الحرية والنظام، بمعنى تساوى الاعتبارات المتصلة باقامة النظام العام مع اعتبارات المحافظة على الحرية وعدم المساس بها ، فيجب عليها ايثار الحرية و تغليب مقتضياتها، ويترتب على هذا المبدأ ضرورة تفسير سلطات الضبط الادارى متى كانت مرسومة تشريعيا تفسيرا ضيقا احتراما للحرية، كما يترتب عليه أيضا ان الحرية العامة لاتمس اذا تطلب النظام العام ذلك المساس، الا بأقل التدابير اعاقة لها ، مادامت هذه التدابير كافية لتحقيق أغراض الضبط •

٤ ــ مراعاة الادارة لطبيعة الحرية محل التنظيم، فالحريات العامة ليست كلها على قدم المساواة ، بل انها تتفاوت فى درجاتها تبعا لأهميتها وعلى أساس نصوص الدستور بشأنها ، فاذا كانت نصوص الدستور صريحة مطلقة لا تدع مجالا لمباشرة سلطات الضبط الادارى فى تقييدها مباشرة، فلا يجوز لسلطة الضبط التدخل فى شأنها الا تنفيذا للقوانين ، فحرية القيام بالشعائر الدينية والحرية الشخصية وحرية الانتفاع بالملك الخاص هى حريات لا تستقل سلطة الضبط بتنظيمها فى حين أن حرية المرور فى الطرقات العامة مثلا ، يمكن لسلطة الضبط تقييدها وتنظيمها بلوائح الضبط المستقلة.

ومن ناحية أخرى ، اذا كان النشاط الفردى غير جائز أصلا ــ كالاتجار فى المخدرات ــ فان سلطة الادارة فى حظره تكون مطلقة، فى حين أنه عندما تكون مزاولة النشاط الفردى نتيجة ممارسة لاحدى الحريات العامة التى يكفلها الدستور أو القانون ، فعلى الادارة العمل على التوفيق بين مقتضيات النظام العام وحمايته، واحترام الحريات الفردية •

٥ ــ مراعاة مكان وزمان ممارسة الحرية العامة، حيث يمكن للادارة التمييز بين الاماكن والازمنة بصدد ممارسة حرية معينة، فحرية التنقل مثلا تختلف من الطرقات العامة الى الممتلكات الخاصة الى المناطق العسكرية ، كما أن ممارستها نهارا خلاف ممارستها ليلا ، ولذلك يلزم على الادارة ايجاد

التوازن بين خطورة المساس بالحرية الفردية، وخطورة تهديد النظام العام. فالمبالغة في الاطلاق بدعوى الحرية قد يعرض كيان الجماعة لخطر الفوضى، والاسراف في التقييد بدعوى النظام قد يودي بشخصية الفرد وحريته ، ومن ثم للادارة التدخل في تنظيم النشاط الفردي بالقدر المعقول دون أن تتوغل في تدخلها الى حد عرقلة ممارسة هذا النشاط .

المطلب الثالث
سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية

الأصل أنه يتعين على سلطات الضبط الاداري الالتزام بالحدود سالفة الذكر في كل وقت أيا كانت الظروف وذلك وفقا لمبدأ المشروعية وسيادة القانون . ولكن لما كان الالتزام بهذا المبدأ قد يؤدي الى حدوث أضرار بليغة بالدولة وذلك في حالة وقوع ظروف استثنائية طارئة كالحروب والكوارث والازمات، ولما كانت مواجهة هذه الظروف تقتضي السرعة للمحافظة على سلامة البلاد ودفع الاخطار والكوارث العامة، فمن المستقر عليه ضرورة منح الادارة بعض السلطات الخاصة على النحو الذي وان كان يتعارض مع قواعد المشروعية العادية، الا أنه يظل مع ذلك أمرا قانونيا ومشروعا، وذلك في اطار من المشروعية الاستثنائية ، لان سلامة الشعب هي القانون الاعلى الذي يسمو على القوانين الوضعية .

ومن هذا المنطلق شيد الفقه والقضاء الاداري " نظرية الضرورة" لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية، وبمقتضاها يجوز للادارة في ظروف استثنائية معينة أن تتخذ أعمال الضرورة بالمخالفة للقوانين القائمة بشرط أن تكون هناك حالة ضرورة لايمكن معها انتظار دعوة البرلمان للاجتماع. وهذه المخالفة للقوانين لا تعد في الحقيقة خروجا على مبدأ المشروعية ، لأن هذه القوانين انما نشأت لتحكم بعض العلاقات في الظروف العادية او في ظل أزمات عادية،ومن ثم فان نطاق تطبيقها لا يمتد الى الظروف الاستثنائية لعدم صلاحيتها للتطبيق ، ولكن نظرا لغياب أو عجزالسلطة التشريعية عن تقرير القواعد الملائمة لمواجهة تلك الظروف، فان الادارة تملك

موءقتا ممارسة السلطة التشريعية عن طريق اللوائح الادارية، وذلك بهـــدف مواجهة هذه الظروف العارضة، ولذلك يلزم علينا دراسة نظام حالة الضـرورة فى النقاط التالية :

١ ـ شروط اللجوء لنظرية الضرورة : وهى الشروط التى تجيـب على التساوءل متى يمكن للادارة اعتبار أن حالة الضرورة قائمة، وبالتالى يمكنهـا تحريك حالة الضرورة ؟

تتمثل هذه الشروط فى وقوع ظروف استثنائية فى البلاد وهـــى تعنى أولا وجود تهديد بخطر جسيم حال موجة ضد الدولة، وجسامة الخطر تعنى خروجه عن اطار المخاطر المتوقعة أو المعتادة فى حياة الدولة، فهـو خطر غير مألوف من حيث النوع أى غير متوقع وفقا للظروف السائدة ، أوكبيـر من حيث المدى بمعنى أنه حتى ولو كان معروفا أو متوقعا من حيث النـوع ، الا أن الآثار المترتبة عليه غير قابلة للتحديد سلفا مثل الحروب الخارجيـة . أما كون الخطر حال ، فهو يعنى الايكون خطرا مستقبلا وألا يكون قد وقـع وانتهى، أوخطرا موهوما ، فالخطر الحال اذن هو الذى يكون قد بدأ فعـلا أو وشيك الوقوع ، دون أن يكون قد انتهى بعد ، وبحيث لا تجد الادارة أيـة فرصة للجوء الى وسيلة أخرى لمواجهته .

وتعنى الظروف الاستثنائية ثانيا استحالة مواجهة التهديد المشـار اليه بالطرق العادية وعن طريق الموءسسات الدستورية المختصة، بمعنـى أنه اذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع ان تواجه المخاطر التـى تهدد سلامة الدولة، فانه يجب الرجوع الى تلك الوسيلة، أما اذا كانـت عاجزة عن مواجهة هذه المخاطر، فان الرجوع الى نظرية الضرورة وتطبيقاتهـا يصبح أمرا لا غنى عنه.

٢ ـ شروط تطبيق نظرية الضرورة: وهى الشروط الى تجيب على السوءال : كيف يمكن للادارة تحريك حالة الضرورة، وبالتالى ممارسة سلطاتها المقررة ؟

الغالب أن تتنوع وتختلف هذه الشروط من تطبيق لآخر ، ومع ذلك فمن المتفق عليه ضرورة الالتزام بالشروط التالية :

(أ) يشترط أولا تحقق الارتباط بين أعمال الضرورة والهدف منها ، بحيث ينبغي على هذه الأعمال ألا تستهدف سوى المحافظة على سلامة الدولة بمواجهة الظروف الاستثنائية التي تهددها ، واعادة الأوضاع الى طبيعتها العادية في أقل وقت ممكن .

(ب) تشترط غالبية الفقه عدم جواز التدخل بتدابير الضرورة في النطاق المحتجز للقانون كما أنه لا يجوز على الاطلاق تعديل الدستور جزئيا أو كليا ما لم ينص الدستور على ذلك .

(جـ) وأخيرا يلزم انتهاء تطبيق نظرية الضرورة بمجرد انتهاء أوزوال الظروف الاستثنائية التي دعت الى تطبيقها .

٣ ــ آثار نظرية الضرورة : وهي الاجراءات الاستثنائية التي يمكن للادارة اتخاذها في حالة قيام الضرورة ، او بمعنى محدد أعمال الضرورة .

في الواقع تتمثل أعمال الضرورة في ذات الاعمال الادارية المنفردة التي يمكن مباشرتها في الظروف العادية : اى الاعمال المادية والقرارات الادارية الفردية ، واللوائح الادارية ، ولكن هذه الأعمال تتمتع في الظروف الاستثنائية بقوة القانون بمعنى أن للادارة مباشرتها بالمخالفة لأحكام القوانين القائمة ، ومع ذلك تظل مشروعة بالرغم من هذه المخالفة .فاذا كانت عملا ماديا فهو مشروع ولا يمثل بالتالي أى نوع من الخطأ ، ومن ثم لايؤدي الى تقرير مسؤولية الادارة عنه ، واذا تمثلت في قرارات فردية ، فانها تتمتع بقوة القانون ولها مخالفته ولكن دون أن يترتب عليها الغاء أحكام القانون محل المخالفة أو تعديلها ، حيث لايجوز الغاء نص عام الا بنص عام ، ولذلك فان أعمال الضرورة الأكثر خطورة انما تتمثل في لوائح الضرورة الى هي في

جوهرها اعمالا تشريعية، واذ تتمتع فى ظل الظروف الاستثنائية بقوة القانون ، فانها تملك فى الواقع سلطة الغاء القوانين القائمة او تعديلها أو تعطيل نفاذها ومن هنا يهتم الفقه أساسا بدراسة " لوائح الضرورة" باعتبارها الاثر الرئيسى والهام والاشد خطورة ، لما له من تأثير بالغ على العلاقة بين القانون واللائحة أو بالاحرى بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وفى هذا الصدد يمكن ملاحظة ما يلى :

(أ) أن لوائح الضرورة هى عمل ادارى بطبيعته، وذلك لأن الطبيعة القانونية لكافة أنواع اللوائح هي طبيعة العمل الادارى بغض النظر عن صدورها فى الظروف العادية أم الاستثنائية، و هي تسمى فى الظروف العادية بلوائح الضبط ، ولكنها تسمى فى الظروف الاستثنائية بلوائح الضرورة للدلالة على تمتعها بقوة القانون فقط ٠

(ب) والقوة الالزامية للعمل القانونى هى أمر يختلف عن طبيعته القانونية على نحو ما سبق شرحه، ومن ثم تتمتع لوائح الضرورة بقوة القانون رغم طبيعتها الادارية ولا يترتب على ذلك افلات هذه اللوائح بما لها من قوة القانون من رقابة القضاء الادارى ، لأن هذه الرقابة تتأسس على الطبيعة القانونية للعمل بغض النظر عما اذا كان هذا العمل يتمتع بقوته العادية أم بقوة استثنائية خاصة، ولما كان القضاء الادارى مختصا بفحص مشروعية الاعمال الادارية، فان لوائح الضرورة باعتبارها دوما من الاعمال الادارية تخضع لرقابة القضاء دون جدال ٠

(جـ) تشترط معظم الدساتير لاستمرار احتفاظ لوائح الضرورة بقوة القانون ، عرضها على البرلمان او السلطة التشريعية لتقرير ما تراه بشأنها ، وقد سبق أن أوضحنا أنه اذا أقر البرلمان هذه اللوائح بالتصديق عليها ، فانه يكون لهذه اللوائح قوة القانون بصفة نهائية ولكن دون أن يؤدى ذلك " التصديق" الى تغيير الطبيعة القانونية لهذه اللوائح، فتبقى دوما من الاعمال

الادارية ولا تنقلب ــ كما يدعي البعض (١٤) ــ الى عمل تشريعي أي الـــى قانون ، ومن ثم تظل هذه اللوائح خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتهـــا ودستوريتها ، لان التصديق بوصفه ممارسة لسلطة الرقابة على أعمـــال الادارة من جانب السلطة التشريعية لايمكن أن يكون من شأنه تعديل الطبيعـــة القانونية للعمل الاداري محل الرقابة .

٤ ــ **تطبيقات نظرية الضرورة** : يتجه الرأي الغالب فقها الـــى أنه يتعين على المشرع الدستوري التصدي لتنظيم حالة الضرورة ، وخاصـــة تحديد مدى الخروج على قواعد المشروعية العادية و مبدأ فصل السلطات فـــى حالة الضرورة ، حتى لايترك أمر هذا التحديد لاحدى السلطات العامـــة مما يجعله أمرا غير مستساغ ومثيرا لعدم ارتياح السلطات الأخرى ، ولذلـــك فمن الملاحظ أن المشرع الدستوري في مصر قد تبنى نظرية الضرورة منذ قيام دستور ١٩٢٣ حتى دستور ١٩٧١ الحالي حيث بلغت التطبيقات الدستورية لنظرية الضرورة في هذا الدستور الاخير أربعة تطبيقات هي :

(أ) المادة ١٤٧ وهي أقدم التطبيقات وتقضي بأنه" اذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخيـــر جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .. "

(ب) المادة ١٠٨ والتي ورد نصها لأول مرة في دستـــور ١٩٥٦ وتقضي بأنه" لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبنـــاء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قـــوة القانون ... "

---

(١٤) راجع في هذا الموضوع مؤلفنا : لوائح الضرورة وضمانة الرقابـــة القضائية ــ ١٩٨٢ ــ ص ٩٦ و ٢٨٣ .

(جـ) المادة ٧٤ والتى وردت لأول مرة فى الدستور الحالى وتنـص على أن " لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامـة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخـذ الاجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر . . . "

(د) بالاضافة الى التطبيقات سالفة الذكر ، يشترك المشـرع الدستورى مع السلطة التشريعية فى تطبيق آخر مألوف منذ أمد بعيد لـدى معظم الدول ويطلق عليه" نظام الأحكام العرفية" أو" حالة الطوارىء" ، ومثال ذلك ما ورد فى الدستور المصرى الحالى فى المادة ١٤٨ منه وقانون حالـة الطوارىء رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وتعديلاته من أحكام وقواعد فى هذا الصدد .

المبحث الرابع
هيئات الضبط الادارى

يقصد بهيئات الضبط الادارى الاشخاص والجهات المختصة باصدار واستخدام وسائل الضبط، ولما كانت هذه الوسائل كما سلف الذكر تتمثل فى لوائح الضبط والأوامر الفردية والأعمال المادية، فانه يلزم أن نشير الى الجهات المختصة بمباشرة هذه الوسائل .

فبالنسبة للوائح الضبط تنص المادة ١٤٥ من الدستور المصرى على أن " يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط " بمعنى أنه لايجوز لغير رئيس الجمهورية اصدار هذه اللوائح نظرا لأن النص لايجيز التفويض فى هذه السلطة مثلما فعل بشأن اللوائح التنفيذية ، وبالتالى لايجوز أن تصدر هذه اللوائح بأداه أدنى من القرار الجمهورى، ويبدو أن ذلك يرجع الى الطابع المستقل للوائح الضبط حيث انها لا تصدر تنفيذا لقوانين قائمة ، كما يرجع الى أهمية الموضوعات التى تتناولها بالتنظيم وهى حقوق وحريات الأفراد .

ومع ذلك يلزم ملاحظة أنه يجوز صدور لوائح الضبط من جانب مجلس الوزراء استنادا الى المادة ١٥٦ من الدستور التى تنص على اختصاصات المجلس ومن بينها فى الفقرة الأخيرة" ... المحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة" وهى أمور تندرج فى نطاق مدلولات النظام العام وخاصة بالنسبة لعنصر الأمن العام، لذا تعد هذه المادة سندا شرعيا لذلك الحق ، بحيث يستمد شرعيته من الدستور مباشرة دون حاجة لتفويض . بيد أنه ينبغى ملاحظة أن هذه اللوائح التى تصدر من مجلس الوزراء يجب أن تتفق مع أحكام القوانين وكذلك مع لوائح رئيس الجمهورية فى مجال الضبط الادارى، وذلك تطبيقا لقواعد التدرج الهرمى للاعمال القانونية التى توجب على لوائح رئيس الجمهورية احترام قواعد التشريعات الضبطية وما يعلوها ، كما توجب على لوائح مجلس الوزراء احترام لوائح رئيس الجمهورية الضبطية وما يعلوها من قواعد قانونية أخرى .

أما بالنسبة للقرارات الضبطية الفردية ومن ثم الاعمال الماديــة فمن الطبيعى أن للوزراء كل فيما يخصه سلطة اصدار هذه القرارات. حيــث أن الوزير هو الرئيس الاعلى لوزارته، مع ملاحظة أن وزير الداخلية علـــى الاخص هو المسوءول والمختص أساسا بهذه السلطة وذلك وفقا للمـادة ١٨٤ من الدستور الحالى، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يصدر وزير الصحة مثلا قرارات المحافظة على الصحة العامة .

وبالنسبة للهيئات المحلية، فوفقا لقانون الحكم المحلـــى رقم٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى المادة ٣٦ منه يعتبر المحافظ..." مسوءول عن الأمــن والأخلاق والقيم العامة بالمحافظة، يعاونه فى ذلك مدير الأمن فى اطــار السياسة التى يضعها وزير الداخلية..." وهو مايعنى فى تقديرنا عـــدم الاعتراف للمحافظ بسلطة اصدار لوائح الضبط وان كان له سلطة اصـــدار القرارات الادارية الفردية التى تتعلق بالمحافظة على الأمن والأخلاق والقيـم العامة داخل دائرة اقليم محافظته.

وأخيرا يلزم ملاحظة أنه بالنسبة للضبط الادارى الخاص، فــان المشرع قد يرى تحديد جهات ادارية معينة لمباشرة هذا النوع من الضبط، وقد يرى أن يوكل أمره للسلطة المختصة وفقا للقواعد العامة.

الفصل الثالث
اشباع الحاجات العامة
" نظريتى المرافق العامة والأموال العامة"

سبق أن أشرنا الى أن من أهم وظائف الادارة فى الدولة الحديثة توفير الخدمات العامة واشباع حاجات الأفراد فى المجتمع، والأصل أن يتولى الأفراد مهمة اشباع حاجاتهم بأنفسهم بحيث لايكون للادارة التدخل فى هذا الشأن الا بصدد المشروعات والخدمات التى يجب ألا تترك للأفراد نظرا لبعض الاعتبارات المتصلة بسيادة الدولة أو أمنها العام، وذلك بحسب الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة فى الدولة .

غير أنه بالاضافة الى تلك المشروعات، قد يحدث أن يتقاعس الأفراد عن توفير بعض الخدمات او اشباع بعض الحاجات وذلك لعدم تحقيق مشروعات تقديم هذه الخدمات وتلك الحاجات، المصالح الخاصة التى يسعون اساسا الى تحقيقها ، سيما مايعود منها من ربح مادى ، كما قد يحدث فى صدد بعض هذه المشروعات أن يعجز الأفراد ولو مجتمعين عن انشائها لضعف امكانياتهم المادية أمام ما قد تتطلبه هذه المشروعات من تكاليف باهظة للحصول على الخدمة أو لتوفير الحاجة العامة .

وفى مثل هذه الحالات فليس من مفر أمام الادارة سوى أن تتولى بنفسها انشاء هذه المشروعات التى يتقاعس أويعجز عنها الأفراد حتى تحقق لأفراد المجتمع ما يلزمهم من خدمات وحاجات توفر لهم القدر الملائم من الرفاهية والرخاء فى حياتهم بالدولة .

هذه المشروعات وتلك هى التى يطلق عليها اصطلاح " المرافق العامة" والتى تمثل جانبا رئيسيا من نشاط السلطة الادارية فى الدولة، ومن الملاحظ أن هذا الجانب من النشاط الادارى يتأثر بشدة بالاعتبارات السياسية والمذهب الاقتصادى والاجتماعى الذى تعتنقه الدولة، ففى الماضى البعيد

كان الفكر السائد فى معظم دول العالم يدور حول فكرة" الدولة الحارسة" ، حيث اقتصر دور الدولة على توفير الأمن الداخلى والخارجى للمجتمع دون تدخل لتوفير أى من الحاجات العامة للافراد فيه، ثم أعقب ذلك وخاصة بعد ظهور الفكر الاشتراكى ظهور سياسات الاقتصاد الموجه والتدخل لتوفير الخدمات لأفراد المجتمع ، وحماية الطبقات العمالية فيه وتأميم المشروعات والصناعات الكبرى لصالح الدولة، مما أدى الى تزايد دور الدولة باضطراد متواصل بصدد انشاء المرافق العامة ، وبالتالى ظهور طائفة كبيرة ضخمة منها أطلق عليها اصطلاح " المرافق العامة الاقتصادية " ، مما دفع الفقه الى الاهتمام البالغ بهذا النشاط الادارى ،وتابعه بطبيعة الحال القضاء الادارى فى ذلك ٠

غير أنه مع مشارف التسعينات من هذا القرن تراجعت بشدة هذه السياسات نتيجة فشل التطبيق فى دول العالم الاشتراكى،و تخليها صراحة عن نظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية القائمة على المذهب الشيوعى أو الاشتراكى، وعادت مرة أخرى فكرة الدولة الحارسة وعلى الأكثر " دولة التنمية" بدلا من " دولة الخدمات" ، مما يتوقع معه تقلص الاهتمام بالمرافق العامةلحساب أوجه النشاط الادارى الاخرى ٠

ومع ذلك فانه وفقا للدستور الحالى الصادر عام١٩٧١ ، وهو دستور يأخذ بصفة عامة بالفكر الاشتراكى ولو من الناحية النظرية، لازالت الدولة مسئولة قانونا عن توفير الكثير من الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية (١)

---

(١) راجع على سبيل المثال المواد ١٠ ومن ١٣ الى ٣٩ من الدستور وهى نصوص تتصل بالمقومات الأساسية للمجتمع سواء الاجتماعية منها أم الاقتصادية ٠

وذلك من خلال المرافق العامة التى تنص المادة ١٤٦ من الدستور عليها حيث تقضى بأن " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة" .

ومن ناحية أخرى يرتبط موضوع توفير الحاجات العامة والخدمات الضرورية لافراد المجتمع عن طريق المرافق العامة ، بمسألة توفير الأموال اللازمة لانشاء هذه المرافق والانفاق عليها ، ووضع النظام القانونى الملائم لهذه الأموال ضمانا لتحقيق الهدف المبتغى منها دون اعاقة، وهو الامر الذى يستلزم توفير الحماية القانونية المتميزة لها عن الحماية العادية التى توفرها الدولة لاموال الأفراد فيها .

وقد ترتب على ذلك ظهور "نظرية الأموال العامة" بنظامها القانونى المتميز ، لكفالة انشاء المرافق العامة وتوفير الخدمات اللازمة للمجتمع، وتمكين السلطة الادارية من ممارسة أوجه نشاطها على الوجه الاكمل .

وعليه يتعين دراسة مسألة اشباع الحاجات العامة فى فرعين ، نخصص الاول منهما لنظرية المرافق العامة، ونتناول بالدراسة فى الثانى نظرية الاموال العامة .

الفرع الأول

نظرية المرافق العامة

تتطلب دراسة نظرية المرافق العامة أن نعرض للموضوعين الاتيين : (٢)

أولا : التعريف بالمرافق العامة ، وذلك بتحديد مدلول المرفق العام وعناصره وأنواعه ٠

ثانيا : النظام القانونى للمرافق العامة ببيان كيفية انشاء والغاء المرفق العام، وتنظيمه وطرق ادارته ، وأهم المبادىء القانونية العامة التى تحكمه ٠

---

(٢) راجع فى هذه النظرية بصفة عامة :
الدكتور محمود حافظ: نظرية المرفق العام ـ ١٩٦٤/٦٣ ٠
الدكتور عثمان خليل : نظرية المرافق العامة ـ ١٩٥٨ ٠

المبحث الأول
التعريف بالمرافق العامة

أثارت فكرة المرفق العام وخاصة فيما يتصل بدور هذه الفكرة في تحديد أساس القانون الادارى ومعيار تطبيقه خلافا فقهيا شديدا وذلك نتيجة الغموض الذى يكتنف مدلول هذه الفكرة وتحديد المقصود بها على وجه الدقة، وهو الأمر الذى أثار الكثير من الجدل الفقهى حول تحديد مدلول وعناصر المرفق العام. ولذلك نعرض بايجاز لما انتهى اليه هذا الجدل الطويل وذلك فى المطالب التالية :

المطلب الأول
مدلول المرفق العام

يعرف البعض المرفق العام بأنه" نشاط تتولاه الادارة لاداء خدمة عامة" مع التركيز على كلمة " النشاط" باعتباره العنصر الموضوعى الذى يمثل المعيار الاساسى فى تحديد المرفق العام، فى حين يعرفه آخرون بأنه " مشروع تتولاه الادارة لاداء خدمة عامة" مع التأكيد على كلمة" المشروع" او" المنظمة" أو" الجهاز" أو" الهيئة" تعبيرا عن العنصر العضوى الذى يعول عليه فى تحديد المرفق العام. ومن هنا ظهر للمرفق العام أكثر من مدلول حيث انقسم الفقه الى ثلاثة اتجاهات.

(أ) الاتجاه الاول وهو الذى يرجح المدلول الموضوعى الذى يرتبط بطبيعة النشاط المرفقى وأهدافه بغض النظر عن الجهة التى تمارس هذا النشاط ، فيكون المرفق العام هو النشاط الذى يستهدف تحقيق النفع العام وسد الحاجات العامة للأفراد.

(ب) أما الاتجاه الثانى فانه يفضل المدلول العضوى الذى يعتمد على الجوانب الشكلية لهذا النشاط والرابطة العضوية التى تصل بين المشروع الذى يعد مرفقا عاما والدولة ، وبالتالى يكون المرفق العام هو الهيئة التى

تنشئها الدولة وتتولاه الادارة لاشباع حاجة عامة.

(جـ) وأخيرا فان الاتجاه الثالث والذى تفضله غالبية الفقه، يجمع بين المدلولين العضوى والموضوعى ، على أساس أن المرفق العام يقوم على مجموعة من العناصر مستمد بعضها من الرابطة العضوية بين المشروع وبين الادارة، ومستمد بعضها الاخر من مضمون النشاط الذى يمارسه المشروع، ولأنه لا يكفى الاعتماد على أحد هذين العنصرين دون الاخر لتحديد المدلول الصحيح للمرفق العام .

والواقع أنه يلزم حقا الجمع بين المدلولين العضوى والموضوعى معا لتحديد المرفق العام على وجه الدقة،ومن ثم لايطلق هذا الاصطلاح الا على المشروعات التى يلتقى فيها مدلولى المرفق العام العضوى والموضوعى، فمن ناحية لايمكن الاستغناء عن المدلول العضوى وهو المدلول الذى اعتمده المشرع الدستورى فى معظم الدول ومنها مصر كما هو واضح من الموادالدستورية سالفة الذكر ، ومن ثم فاذا كان هناك مشروع يتولاه الافراد فان هذا المشروع لايجوز اعتباره من المرافق العامة حتى ولو استهدف تحقيق مصالح عامة أو نفع عام اذ يندر الا يحقق مشروع ما مصلحة عامة أو نفع عام الى جانب ما يحققه من مصالح خاصة لمن يملكونه ويتولونه، وكذلك الأمر أيضا اذا خضع هذا المشروع لاشراف او رقابة الادارة، لان هذا " الاشراف" أو " الرقابة" هو من قبيل ممارسة سلطات الضبط الادارى على أوجه النشاط الخاص، الا اذا وصل الامر الى حد أن تكون الكلمة النهائية فى انشاء وادارة المشروع للادارة، فهنا يتحقق العنصر العضوى ويتحول هذا المشروع من دائرة النشاط الخاص للافراد الى نطاق المشروعات التى تتولاها الادارة سواء بنفسها أو عن طريق غيرها من الأفراد الخاضعين تماما لسلطتها ولكلمتها بصدد مصير المشروع وتسييره.

ومن ناحية أخرى لايعد كل مشروع تتولاه الادارة مرفقا عاما بالضرورة ، فحيث لايحقق نشاط الادارة المصلحة العامة مباشرة، وهذه المصلحة فحسب، فانه لايجوز اعتبار هذا النشاط من قبيل النشاط المرفقى ، فهو وان حقق المصلحة العامة او النفع العام فى النهاية ، فانه فى ذلك

يكون مماثلا للمشروعات الفردية التى تحقق بدورها نفس المصلحة فى نهاية الأمر. دون تضحية بالمصالح الخاصة، سيما الربح المادى منها.

وتأسيسا على ذلك يمكن تعريف المرفق العام بأنه" مشروع تتولاه الادارة لاشباع الحاجات العامة للأفراد غير مستهدفة فى ذلك سوى تحقيق النفع العام" ومن هذا التعريف يمكن تحديد عناصر المرفق العام.

المطلب الثانى
عناصر المرفق العام

استنادا الى ما تقدم، يمكن تحديد عناصر المرفق العام فى ثلاثة:

١ ــ **المرفق العام مشروع:** أى أن المرفق العام يظهر فى شكل مشروع أو جهاز أو هيئة أو منظمة تتكون من مجموعة من الاشخاص الموظفون والعمال ومجموعة من الأموال والأدوات والأجهزة ، علاوة على التنظيمات القانونية والفنية والادارية اللازمة لقيام هذا المشروع قانونا وصلاحيته لمباشرة النشاط المستهدف من انشاوءه، وهو الأمر الذى يميز هذا النشاط عن الضبط الادارى .

٢ ــ **المرفق العام تتولاه الادارة:** بمعنى أنه يلزم لاعتبار المشروع مرفقا عاما وجود ارتباط عضوى بين المشروع والادارة، بأن تكون الادارة مسئولة عن المشروع أو أن يكون هذا المشروع تابعا لها.

ومسئولية الادارة عن المشروع وان كانت تعنى أن الادارة تقوم بنفسها أى بموظفيها وعمالها وأموالها بادارة المشروع وتسييره، الا أن هذه المسئولية تعنى أيضا ضرورة انشاء هذا المشروع أو بالأحرى المرفق العام بواسطة الدولة، اما باستحداثه بداءة ، واما بتقرير أن نشاط ما أصبح من قبيل المرافق العامة، ومن ثم وجب تحويل المشروع الذى يقوم بهذا النشاط من الملكية الخاصة الى الملكية العامة للدولة بتأميمه مثلا أو شرائه ان أمكن ذلك .

غير أنه من حيث ادارة هذا المشروع ، فمن الممكن أن تقرر الدولة عدم قيام السلطة الادارية بذلك، فتعهد بادارته الى شركة أو هيئة خاصة أو فرد معين ينوب عن الادارة فى ذلك، ولكن تحت اشرافها وتوجيهها ورقابتها ، وبحيث تكون الكلمة النهائية فى تنظيم وتسيير هذا المشروع للسلطة الادارية ، بمعنى أن رقابة واشراف الادارة على المشروع يلزم أن تتجاوز سلطات الضبط الادارى التى تمارسها الادارة فى مواجهة النشاط الخاص للتأكد من التزام هذا النشاط بمقتضيات النظام العام، فاذا اقتصرت سلطات وحقوق الادارة على أوجه الرقابة " الضبطية" التى تمارسها على النشاط الخاص وعلى مشروعات الافراد ذات النفع العام، فان هذا المشروع لايكتسب صفة المرفق العام، وانما هو فى حقيقته من قبيل المشروعات الخاصة ذات النفع العام. وبذلك يلعب هذا العنصر من عناصر المرفق العام دورا رئيسيا فى التمييز بين المرافق العامة والمشروعات الخاصة للأفراد .

٣ ـ المرفق العام لا يستهدف سوى تحقيق النفع العام :بمعنى أن يكون الهدف الوحيد الذى تسعى الادارة الى تحقيقه من انشاء المرفق العام هو اشباع حاجة عامة للأفراد، ومن ثم تحقيق النفع العام أو المصلحة العامة، ولذلك لايجوز أن يكون هدف الادارة من انشاء المرفق ، تحقيق مصلحة مالية أو ربح مادى .

ومع ذلك فليس المقصود من عدم استهداف الربح أن تكون خدمات المرفق العام مجانية، اذ للادارة أن تفرض دفع رسوم للحصول على الخدمة ، ليس بقصد تحقيق الربح وانما لاعتبارات أخرى كتغطية جانب من نفقات تأدية الخدمة ، أو لضمان جدية طلبها ، ومن ناحية أخرى ، فاذا كانت بعض المرافق ـ وخاصة الاقتصادية منها ـ تحقق بالضرورة ربحا ، فيلزم ألا يكون تحقيق الربح هو الغاية من انشاء هذا المرفق ، ما لم يكن تحقيق الربح فى ذاته هو الغاية التى تحقق النفع العام مثلما يحدث فى المرافق السياحية التى تهدف الى جذب السائحين لتحقيق مورد مالى للعملات الأجنبية (الصعبة) اللازمة لتمويل الاقتصاد القومى .

وعليه فان المشروعات الاقتصادية التى تنشؤها الدولة تعتبر من المرافق العامة اذا كان الغرض من انشائها توجيه النشاط الخاص وعلاج عيوبه والضغط عليه لضمان سيره فى الاتجاه الذى يحقق اهداف الدولة، ولكنها لا تعد من المرافق العامة اذا اقتصر هدفها على تحقيق الربح ومنافسة المشروعات الخاصة الموجودة فعلا .

غير أنه يلزم ملاحظة أن من شأن قيام المرافق العامة الاقتصادية المساس بحرية التجارة والصناعة ، حيث تظهر خطورة استغلال الادارة لحقها فى انشاء هذه المرافق ، للقضاء بامكاناتها المالية والفنية والقانونية غير المحدودة على بعض المشروعات الخاصة للافراد ، ولذلك لا يجوز للمرفق الاقتصادى أن يقدم خدماته بسعر التكلفة أو أقل منه لان من شأن ذلك القضاء على المشروعات الفردية ، على خلاف تحقيق الربح المعقول الذى لا يتعارض فى هذه الحالة مع استهداف النفع العام .

والنفع العام الذى يلزم أن يستهدفه المرفق العام، هو نفع ذو طبيعة خاصة فلا ريب أن كافة المشروعات التى تنشؤها الدولة من شأنها تحقيق النفع العام فى صورته العامة ، ولذلك يشترط الفقه ان يكون النفع العام المستهدف من انشاء المرفق العام من نوع النفع الذى يكون من الضرورى أن تلتزم الدولة بتحقيقه دفاعا عن وجود الجماعة وأمنها وكيانها ، وسد الفراغ الناجم عن عجز النشاط الفردى أو تجنبه للمشروعات التى تحقق هذا الهدف، وبالتالى فحيث لا يحقق المشروع نفعا عاما الا بنفس القدر الذى تحققه المشروعات الفردية المماثلة ، فلا يجوز تمتع هذا المشروع بصفة المرفق العام ، ومن هنا يمكن التمييز بين المرافق العامة وأوجه النشاط الاخرى التى تقوم بها الادارة لتحقيق مصالحها الخاصة، كادارة أموالها الخاصة .

المطلب الثالث

أنواع المرافق العامة

يتفق الفقه على أنه يمكن تقسيم المرافق العامة الى عدة أنواع بحسب

طبيعة نشاط المرفق أو على أساس دائرة نشاطه ونطاقه الاقليمى •

(أ) المرافق العامة الادارية والاقتصادية والمهنية: يتأسس هذا التقسيم على طبيعة النشاط الذى يقوم به المرفق العام، حيث تنقسم المرافق الى ثلاثة أنواع :

١ ـ المرافق العامة الادارية : وهى تلك المرافق التى يتفق نشاطها مع الوظيفة الادارية البحتة ، وهى التى كان يقتصر نشاط الدولة حتى أوائل القرن الحالى عليها ، حيث لم تكن الدولة تنشىء من المرافق الا ما يتفق مع الاغراض الادارية ويدخل فى نطاق الوظيفة الادارية للدولة، كمرفق الدفاع الخارجى والأمن الداخلى واقامة القضاء وجباية الضرائب والصحة العامة والتعليم، وعموما كافة المرافق التى تقرر الدولة ضرورة احتكارها وعدم تركها للنشاط الفردى الخاص، أو تلك التى يعزف عنها الأفراد لكونها غير مربحة لهم أو يعجز عن القيام بها النشاط الخاص لما تتطلبه من امكانيات ضخمة لا قبل لهم بها •

والأصل أن الادارة تلجأ فى مباشرة هذا النشاط المرفقى وتنظيمه الى وسائل القانون الادارى •

٢ ـ المرافق العامة الاقتصادية: مع بداية الحرب العالمية الأولى ، وتحت تأثير ما نجم عنها من تغييرات فى الظروف الاجتماعية والاقتصادية ، وانتشار مبدأ ضرورة تدخل الدولة فى الميدان الاقتصادى لمواجهة الأزمات الاقتصادية ، بدأت الدولة تتولى العديد من المشروعات ذات الطابع الصناعى أو التجارى أو الزراعى أو المالى وهى أنشطة يتولاها فى الأصل الأفراد والنشاط الخاص، حيث زاحمتهم الدولة فى ذلك،ومن هنا نشأت طائفة من المرافق يطلق عليها" المرافق الاقتصادية"•

غير أن هذا الأمر لا ينفى أن هذه المرافق الاقتصادية لا تستهدف من نشاطها سوى تحقيق النفع العام المميز الذى يلزم على الدولة أن تستهدفه من انشاء المرافق العامة، اذ الهدف من هذه المرافق الاقتصادية هو عموما

تحقيق التوجيه الاقتصادى الضرورى لتنمية الاقتصاد الوطنى وازدهاره مثل منع الاحتكار أو المغالاة فى الأسعار أو تحقيق ما يطلق عليه الأمن الغذائى أو الأمن الاقتصادى وهو نشاط مرفقى بالدرجة الأولى ولا علاقة له بالضبط الادارى والنظام العام أو الأمن العام.

وهذه المرافق وان كانت تخضع ـ مثلها فى ذلك مثل المرافق العامة الادارية ـ للنظام القانونى الذى يطبق على جميع المرافق العامة، الا أنه ازاء الطبيعة الاقتصادية التى يتميز به نشاط هذه المرافق وأعمالها، فانه ليس من المحتم اخضاع هذه المرافق من كافة النواحى لقواعد القانون العام، حيث يكون من الملائم فى كثير من النواحى، وتحقيقا للمصلحة العامة وللهدف المبتغى من انشاء هذه المرافق، أن يخضع جانب كبير من نشاط وأعمال المرافق الاقتصادية لقواعد ووسائل القانون الخاص بدلا من قواعد القانون الادارى، وخصوصا فى المسائل المالية وطرق وأساليب الادارة.

٣ ـ المرافق العامة المهنية : ويقصد بها المرافق التى يكون موضوعها رقابة وتوجيه النشاط المهنى، والتى يعهد بادارتها عادة الى هيئات مهنية يرخص لها القانون بعض حقوق وامتيازات السلطة الادارية بهدف تنظيم المهنة ورعاية مصالح أعضائها حيث يكون لها وضع القواعد اللازمة لتنظيم ممارسة المهنة ومراقبة القيد فى جداول المشتغلين بالمهنة، وتوقيع الجزاءات التأديبية على الأعضاء المخالفين لقواعد مزاولة المهنة.

والأصل أن من مهام السلطة الادارية تنظيم المهن والنشاط الخاص بنفسها، غير أن غالبية الدول تفضل ترك هذه المهمة لأبناء المهنة ذاتهم باعتبار أن خير من ينظم المهنة ويدير أمورها هم أبناؤها.

ومن أبرز أمثلة هذا النوع من المرافق النقابات المهنية المختلفة كنقابة المحامين والأطباء والصحفيين والمعلمين والمهندسين، وكذلك الغرف التجارية والصناعية، كما يلحق بها مرافق التوجيه الاقتصادى التى تتولى مراقبة النشاط الاقتصادى فى الدولة والعمل على توجيهه بما يتفق مع المصلحة القومية لتحقيق أهداف سياسة الدولة الاقتصادية.

والغالب أن تدار هذه المرافق بواسطة مجالس يتم انتخابها من بين أبناء وأعضاء المهنة . ومع ذلك تعتبر قرارات هذه المجالس قرارات ادارية تخضع للقانون والقضاء الادارى ، اذا اتصلت هذه القرارات بنشاط المرفق بصدد تنظيم المهنة أو النشاط . أما اذا تعلقت هذه القرارات برعاية المصالح الخاصة لأبناء وأعضاء المهنة أو النشاط ، فانها تخضع فى هذه الحالة للقانون الخاص لانتفاء هدف تحقيق النفع العام عنها .

وهكذا يتأسس هذا التقسيم كما أوضحنا على اختلاف طبيعة نشاط المرافق العامة ، وهو الأساس الذى يمثل فى ذات الوقت المعيار المميز للمرافق الادارية عن المرافق الاقتصادية والمرافق المهنية .

وعليه فاذا كان موضوع نشاط المرفق يدخل فى نطاق الوظيفة الادارية للدولة ولا يماثل نشاط الافراد ، فان المرفق يدخل فى نطاق المرافق الادارية حيث تتولى السلطة الادارية ادارته مباشرة وتخضعه أساسا لقواعد وأساليب القانون الادارى . أما اذا كان موضوع نشاط المرفق تجاريا أو صناعيا أو زراعيا أو ماليا مما يتولاه الافراد والهيئات الخاصة وفقا لقواعد القانون الخاص ، فان هذا المرفق يكون من المرافق الاقتصادية ويحق للادارة أن تديره وفقا لأساليب القانون الخاص وقواعده .

فاذا تمثل نشاط المرفق فى ادارة شئون مهنة معينة أو عمل فنى محدد ، فانه يكون من المرافق المهنية التى تخضع بصدد تنظيم المهنة للقانون الادارى ، وفيما عدا ذلك للقانون الخاص .

(ب) المرافق العامة القومية والمرافق العامة الاقليمية : تقوم التفرقة بين المرافق القومية والمرافق الاقليمية ، بالنظر الى الدائرة الجغرافية التى يمارس فيها المرفق نشاطه .

فالمرافق العامة القومية هى التى تؤدى خدماتها لجميع أفراد الدولة باشباع الحاجات العامة المشتركة بين عموم شعب الدولة فى كافة اقاليمها ، ومن

ثم تتولى السلطة الادارية المركزية تسيير وادارة هذه المرافق أيا كانت طبيعتها ، وذلك مثل مرافق الدفاع والصحة والعدالة والشرطة ووالبريد والجمارك .. الخ.

أما المرافق العامة الاقليمية ، فهى التى تزاول نشاطها فى اقليم معين أو بلدة محددة ، حيث تتولى اشباع بعض الحاجات العامة لسكان هذا الجزء من الدولة وحدهم مثلما يحدث فى المرافق التى تنشأ فى أقسام الدولة الادارية فى مصر كالمحافظات أو المدن أو القرى .

والفصل بين المرافق القومية والمرافق الاقليمية ليس مطلقا فالتعاون والاتصال بينها أمر قائم ، حيث تستعين المرافق الاقليمية دائما بخبرات موظفى المرافق القومية الفنيين فى ادارة بعض شئونها ، كما أن المرافق الاقليمية تساهم أحيانا فى نفقات المرافق القومية وتقديم بعض التسهيلات لها ، باعتبار أن هذه المرافق تقدم خدماتها الى كافة الاقاليم ، ومن ناحية أخرى تقدم الدولة فى كثير من الاحيان المساعدات والاعانات المالية والفنية للهيئات المحلية للمساهمة فى أعباء المرافق الاقليمية التابعة لها .

ومع ذلك فانه يلزم التمييز بين المرافق القومية والمرافق الاقليمية حتى تتحدد بدقة المسئولية التقصيرية لكل منها عن الافعال الضارة التى يتسبب فيها المرفق ، وهو التمييز الذى يمكن تأسيسه على معرفة الجهة الادارية التى تتولى انشاوءه وتحمل نفقاته ، علاوة على النظر الى طبيعة نشاط المرفق والنطاق الاقليمى الذى يوءدى من خلاله خدماته .

المبحث الثانى
النظام القانونى للمرافق العامة

بالرغم من اختلاف أنواع المرافق العامة كما سبق البيان ،فان النظام القانونى الذى يحكم هذه الأنواع المختلفة لايختلف سوى فى بعض التفصيلات دون مساس بالمبادىء والأسس الرئيسية التى تخضع لها كافة هذه المرافق بصدد انشائها والغائها وتنظيمها وكذلك بالنسبة لموضوع ادارتها ،وهى ما ستكون محلا لدراستنا •

المطلب الأول
انشاء والغاء وتنظيم المرافق العامة

أ ــ انشاء المرافق العامة : انشاء المرفق العام هو أول مراحل التزام الادارة باشباع احدى الحاجات العامة، وهو يعنى الاعتراف بأهمية توفير هذه الحاجة العامة •

وتعرفه محكمة القضاء الادارى بقولها " •• ومعنى انشاء المرفق العام أن جهة الادارة رأت أن هناك حاجة جماعية ملحة قد بلغت من الأهمية مبلغا يقتضى تدخلها لكى توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام التى تنطوى على قدر كبير من المساس بحقوق الأفراد و حرياتهم مما يستتبع احاطة هذا الانشاء بشىء من الضمانات للتأكد من أن هذا المساس له فى الواقع من الامر ما يبرره" •(٣)

وعلى ذلك، فالقاعدة العامة أن السلطة التنفيذية لا تنشىء المرفق العام الا حينما تقدر أن حاجة عامة للجمهور يتعين اشباعها ويعجز النشاط

---

(٣) حكمها فى ١٩٥٧/٣/٣ ، المجموعة السنة ١١ ص ٢٣٩•

الفردي عن ذلك الاشباع أو لا يستطيع القيام به على الوجه الاكمل ، أو تــرى الدولة نتيجة الأخذ بالمذاهب الاشتراكية، أن من الصالح العام انشاء هــذا المرفق حتى ولو كان في ذلك منافسة للأفراد وخاصة في ميادين النشاط الاقتصادى .

وقد اتفق الفقه في فرنسا ومصر ، على أن الأصل في انشاء المرافــق العامة انه أمر اختيارى للسلطة العامة ، فهو مما يدخل في مجال سلطتهـــا التقديرية ، الا أنه استثناء من هذا الأصل تكون سلطة الادارة مقيدة بالنسبة لبعض المرافق العامة حيث تلتزم بانشائها ، اما لأنها من المرافق التى تدخــل بطبيعتها في نطاق وظائف الدولة الأساسية كمرفق الدفاع ومرفق البوليــس ، حيث تتصل هذه المرافق بالأهداف الأساسية التى من أجلها وجدت السلطــة العامة وهى بذلك مما يدخل في صميم الوظيفة الادارية بمدلولها التقليدى ، واما لانها من المرافق الاجبارية بناء على نصوص تشريعية صريحة واردة في الدستــور أو في صلب القوانين العادية مثل المرافق المحلية التى تنص القوانين المحليــة على ضرورة انشائها بواسطة هذه المجالس (٤) .

وقد أيــدت محكمة القضاء الادارى في مصر تلك القاعدة العامة في انشاء المرافق العامة بقولها : " ... أن القيام بالمشروعات العامة وتوزيعها على المدن والمناطق المختلفة لا يزال متروكا لتقدير السلطة التنفيذية تتصرف فيه بمطلــق حريتها واختيارها حسبما يتراءى لها وفقا لقدرتها المالية والامكانيات التــى لديها ... " (٥)

وازاء ما يترتب على انشاء المرافق العامة من مساس بالحقوق والحريــات العامة ، سيما حرية التجارة والصناعة ، فان كثيرا من الفقهاء يرون أنه مــن الضرورى أن يكون انشاء المرافق العامة من اختصاص السلطة التشريعيــة ،

---

(٤) الدكتور محمود حافظ : المرجع السابق ص ١١٠ .

(٥) حكمها في ١٩٥٥/٣/٢٣ ، المجموعة السنة ٩ ص ٣٨٨ .

أى بقانون ـ على الأقل بالنسبة للمرافق القومية ـ ، أما غيرها من المرافق فيمكن أن تنشأ بناء على قانون يرخص للسلطة الادارية فى انشاء هذه المرافق .

يبرر ذلك أن انشاء مرفق وادارته بطريق الاحتكار ، يؤدى الى تحريم ممارسة الأفراد لنفس نشاط هذا المرفق ، وبالتالى الغاء الحريات العامة فى شأنه ، وحتى فى حالة عدم الاحتكار ، فلا ريب فى أن الدولة بما تملكه من امكانيات اقتصادية وبشرية وفنية ضخمة علاوة على وسائلها القانونية المميزة ، تستطيع منافسة المشروعات الخاصة بما يؤدى الى تحكمها وسيطرتها على النشاط الخاص ولما كان من غير الجائز المساس بالحريات العامة الا بقانون أو بناء على قانون ، فقد وجب أن يكون انشاء المرفق العام بقانون أو بناء على قانون ، سيما وأن السلطة التشريعية هى وحدها المختصة بتوفير الاعتمادات المالية اللازمة لذلك .

غير أن النصوص الدستورية فى مصر لا تسمح بالأخذ بهذا الرأى حيث تنص المادة ١٤٦ على أن " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة" (٦) .

بيد أنه يستثنى من هذه القاعدة أنه لايجوز أن يتضمن انشاء المرفق العام بواسطة الادارة تأميما لمشروع خاص أو ملكية فردية اذ أن التأميم لايجوز الا بقانون طبقا للمادة ٣٥ من دستور ١٩٧١ ، وبصفة عامة فانه لايجوز للائحة الادارية أن تمس الموضوعات التى تدخل فى نطاق القانون المحتجز للسلطة التشريعية فقط ، ومن ثم لا يجوز للسلطة التنفيذية الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة الا بموافقة مجلس الشعب (المادة ١٢١ من الدستور) ، كما أن القانون هو الذى " يحدد القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة" (م ١٢٣ من الدستور) ، كما لايجوز للوائح المرافق العامة

---

(٦) راجع فى تفاصيل هذا الموضوع مؤلفنا : اللوائح الادارية سالف الاشارة ، ص ٣٦٧ .

التدخل في إنشاء وتنظيم مرفق القضاء بكافة محاكمه وأيا كان نوعها طبقا للمواد ١٦٥ : ١٦٨ و ١٧١ : ١٧٣ و ١٧٥ : ١٧٧ و ١٨٣ .

وقد يثور التساؤل حول مدلول لفظ " المصالح العامة " الوارد في المادة ١٤٦ من الدستور سالفة الذكر ، فقد نتج عن وجود اصطلاحي " المرافق العامة " و " المصالح العامة " ، ظهور اتجاهين في الفقه المصري :

فيذهب الاتجاه الأول (٧) الى عدم الربط بين الاصطلاحين حيث أن الاصطلاح الأول أكثر اتساعا من الثاني لان تعبير " مصلحة " يعني كل جهاز اداري أيا كانت التسمية التي تطلق عليه يستوى أن يقوم بمرفق عام بالمعنى المادي او لا يقوم ، لأن القول بغير ذلك ينتهي الى نتائج غير مقبولة ، فالوزارة ليست مصلحة على حسب المسميات المتداولة ، كما أن هناك أجهزة ادارية لاتقوم بمرافق عامة ، وذلك بالاضافة الى وجود مرافق عامة تقوم بها هيئات خاصة وهي أمور تستوجب عدم الربط بين الاصطلاحين .

أما الاتجاه الثاني ــ وهو يمثل غالبية الفقه ــ فيربط بين الاصطلاحين على أساس أن المصالح العامة ما هي الا المرافق العامة (٨) وان كان يمكن التمييز بينهما اما على أساس مدلول الاصطلاح ، واما على أساس طرق ادارة هذه المرافق العامة ، فبالنسبة للأساس الأول يمكن استعمال عبارة المرافق العامة للدلالة على المعنى الموضوعي أي الخدمات العامة التي تؤدى للجمهور باعتبارها أكثر دلالة على النشاط ، بينما تنصرف عبارة المصالح العامة الى المدلول العضوي أي الهيئات التي تتولى هذا النشاط أي تتولى ادارة وتنظيم المرافق العامة (٩) .

---

(٧) الدكتور عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة ــ ١٩٧٠ / ١٩٧١ ، ص ٢٠ .

(٨) الدكتور محمد فؤاد مهنا : مبادىء وأحكام القانون الاداري ــ ١٩٧٥ ــ ص ٣٠٢ .

(٩) الدكتور توفيق شحاته : مبادىء القانون الاداري ــ ١٩٥٥ ــ ص ٣٨٠ الدكتور وحيد رأفت : القانون الاداري ــ ١٩٣٩/٣٨ ــ ص ٢١٨

وبالنسبة للأساس الثاني، يمكن استعمال عبارة المرفق العام للدلالة على المعنى الشكلي أو العضوي بحيث يقتصر اصطلاح المصالح العامة على نوع معين من المرافق العامة وهي تلك التي تدار ادارة مباشرة اى بطريق "الريجى" ٠

وفي تقديرنا أنه لا فارق بين اصطلاحي المرافق العامة والمصالح العامة، وذلك وفقا للمدلول العضوى للمرافق العامة وهو المدلول الراجح فى هذا الصدد ٠

ومع ذلك فاذا أردنا التمييز بين الاصطلاحين ، فيمكن اجراء هذا التمييز على أساس طبيعة النشاط الذى يتولاه المرفق ، فاذا كان نشاط المرفق اقتصاديا أو مهنيا ، فلا يجوز اطلاق اصطلاح المصالح العامة عليه ، وبمعنى آخر فانه يمكن تخصيص اصطلاح المصالح العامة ليقتصر على المرافق العامة الادارية دون غيرها من المرافق العامة الاقتصادية أو المهنية ٠

ب ـ الغاء المرافق العامة :

يلحق بانشاء المرافق العامة موضوع الغاء المرفق العام، وهو يلغى اذا قدرت الدولة فى وقت من الأوقات أن اشباع حاجة عامة معينة يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق أى بواسطة المشروعات الخاصة المحضة أو المشروعات الخاصة ذات النفع العام فتترك هذه المهمة لمجال النشاط الفردي ، كما يجوز للدولة الغاء المرفق العام اذا قدرت الادارة، بدافع الرغبة فى توفير الجهد والمال ، أن الخدمة التى يؤديها المرفق العام المزمع الغاؤه يمكن أن يعهد بها الى مرفق عام آخر قائم وأن يضاف عبئها الى سائر أعبائه ٠

وكما أن انشاء المرافق العامة يعتبر أمرا تقديريا للسلطة العامة فكذلك تتمتع بصدد الغائها بسلطة تقديرية، فتترخص فى تقدير مدى الحاجة أو عدم الحاجة الى المرفق والموازنة بين فوائده ومضاره واختيار الوقت الملائم للالغاء ووزن ظروفه وملابساته وأسبابه ومبرراته ٠

والسلطة العامة المختصة بالغاء المرافق العامة ـ فى الأصل ـ هى ذات السلطة المختصة بالانشاء، فمن يملك الانشاء يملك الالغاء وبالتالى يجب

أن تكون اداة الالغاء مماثلة لأداة الانشاء، فاذا كان المرفق قد انشيء بقانـــون وجب أن يلغى بقانون أو بناء على قانون أى بتفويض من المشرع، أما اذا كــان الانشاء بأداة أدنى مرتبة من القانون بناء على تفويض تشريعى، كأن تم بقـــرار صادر من رئيس الجمهورية أو أحد المجالس المحلية ، فانه يتعين لالغائـــه التمييز بين حالتين :

فاذا كان من المرافق الاختيارية كان للسلطة التى أنشأته أن تلغيـــه اذا قدرت ملاءمة ذلك، أما اذا كان من المرافق الاجبارية فلا تملك السلطـــة المفوضة فى انشائه والملزمة بهذا الانشاء أن تلغيه من تلقاء نفسها ، بـــل يجب أن يكون الغاؤه بقانون أو بناء على تفويض جديد من القانون ، فحيـث يكون الانشاء اختياريا وبالتالى تقديريا يكون الالغاء كذلك تقديريا ، أما حيـث يكون الانشاء اجباريا فلا يكون الالغاء تقديريا ، وانما تكون سلطـــة الادارة بصدده مقيدة فلا تملكه الا بناء على تفويض تشريعى جديد.

وأخيرا فانه اذا كانت أداة انشاء المرفق هى لوائح المرافق العامـــة الصادرة مباشرة من رئيس الجمهورية استنادا الى المادة ١٤٦ من الدستـــور ، فانه يجوز بالتالى أن يلغى هذا المرفق بقرار جمهورى مماثل .

جـ ـ تنظيم المرافق العامة :

يقصد بتنظيم المرافق العامة وضع القواعد التى تكفل حسن سيرهـــا وتبين طريقة ادارتها وكيفية تكوين الهيئات التى تتولاها وتحديد اختصاص كـــل منها ، وبيان ما اذا كان المرفق الجديد سيلحق بشخص ادارى أم ستكون لـــه شخصيته المستقلة وطريقة استغلاله وهل سيكون احتكارا للسلطة الاداريـــة بحيث لا يباح لغيرها مزاولة نشاط من نفس النوع أم لا ، كما تحدد القواعـــد التى تتبع فى تعيين عمال المرفق وتأديبهم وعزلهم ... الخ .

واذا كان الخلاف قد نشب حول أداة انشاء المرافق العامة فى مصـــر

قبل دستور ١٩٧١ ، فانه منذ صدور دستور ١٩٢٣ كان من المسلم بـه أن وسيلة تنظيم المرافق العامة هى القرارات الادارية، وهو ما تقرر فى كافـة الدساتير المصرية المتتالية حتى دستور ١٩٧١ الحالى ٠

ولهذا الاختصاص ما يبرره ، فاذا كانت هناك وجهة نظر وحجج قوية فى اشتراط ان يكون انشاء المرافق العامة بقانون أو بناء على قانون لما يستتبعه هذا الانشاء من مساس بحريات الافراد فى معظم الاحوال وانفاق اموال فى جميع الاحوال ، فانه من الصالح ان يترك للسلطة الادارية تنظيم المرفق بحسب ما يتوافر لديها من الخبرة وحاجة العمل خاصة وأن انشاء المرافق والمصالح العامة يرتبط أشد الارتباط بالاجهزة والهيئات التى تتولى السلطة التنفيذية عن طريقها مباشرة مهامها الادارية، كما أنه من الأسلم أن نمكنها من تعديل القواعد التى يسير عليها المرفق بسهولة لتستجيب بسرعة لمقتضيات الظروف، سيما وأن المرافق العامة تقوم بأداء خدمات عامة فى مختلف المجالات، ومن ثم فانهـا تتنوع تنوعا كبيرا فى شكلها وأساليب ادارتها وكيفية أداء خدماتها ٠

وكما أن سلطة انشاء والغاء المرافق العامة هى فى الأصل سلطة تقديرية، فان سلطة تنظيم المرافق العامة تعتبر كذلك أمرا تقديريا للادارة، التى تتمتع كقاعدة عامة بحرية وزن الظروف والملابسات المحيطة بسير المرفق وتختار على ضوئها طريقة ادارته وكيفية وأوضاع تنظيمه ٠

المطلب الثانى
ادارة المرافق العامة

اذا كانت السلطة الادارية تملك فى الأصل — كما سبق وأوضحنا — اختيار الأسلوب الملائم لادارة المرفق العام الذى تنشوءه ، تبعا لطبيعة نشاط المرفق والاغراض التى يستهدفها ، الا أنه يمكن ملاحظة أن أساليب ادارة المرافق العامة تتميز الى ثلاثة اتجاهات : أولها تتجه فيه الادارة الى الاشراف الكامل المباشر على المرفق ومن ثم ادارته بطريق الاستغلال المباشر، وثانيها على خلاف الاتجاه الأول ، حيث تتجه الادارة الى تخفيف قبضتها على المرفق الى حد كبير ، ومن ثم تكتفى بالرقابة على ادارة المرفق الذى يتولى تسييره فرد أوهيئة

وذلك عن طريق ما يطلق عليه " التزام المرافق العامة" ، أما ثالث الاتجاهات فهو يمثل طريقا وسطا بين الاسلوبين سالفى الذكر ، حيث تدار المرافق العامة بأساليب يمكن اطلاق اصطلاح" مشروعات الاقتصاد المختلط" عليها .

ومع ذلك ، فان اختلاف طرق وأساليب ادارة المرافق العامة لايعنى اختلاف النظام القانونى لهذه المرافق اختلافا جذريا ، اذ أن هناك بعض المبادىء والقواعد والاحكام التى تحكم المرافق جميعها أيا كان نوعها وأيا كان أسلوب ادارتها فالمرافق العامة جميعها انما تنشأ بهدف الوفاء بخدمة عامة للجمهور ، وبالتالى فانها تخضع فى كيفية أداء خدماتها لعدد من المبادىء الأساسية ، تمثل النظام العام الذى تخضع له كافة المرافق ولا تستطيع الخروج عليه .

وبناء على ما تقدم يلزم علينا دراسة أساليب ادارة المرافق العامة ثم المبادىء المنظمة لسير هذه المرافق .

أولا : أساليب ادارة المرافق العامة :

١ ــ الاستغلال المباشر : وفى هذا الاسلوب تتولى السلطة الادارية بنفسها ــ سواء تمثلت فى هيئة ادارية مركزية أو محلية ــ ادارة المرفق العام بأموالها وبموظفيها وتحت مسئوليتها ، وبالاستعانة بوسائل القانون الادارى وامتيازاته .

ويستخدم هذا الاسلوب غالبا فى ادارة المرافق العامة الادارية وبعض المرافق العامة الاقتصادية تبعا للظروف المحيطة بالمرفق والخدمة التى يؤديها ، حيث يغلب عدم جواز مشاركة الأفراد فى انشائها أو تسييرها .

والأصل خضوع المرافق التى تدار بهذا الأسلوب المباشر لقواعد القانون الادارى فيما يتصل بادارتها وكيفية سير العمل فيها والقواعد المالية والادارية التى تسرى عليها .

والمرافق التى تدار عن هذا الطريق اما أن تتبع أحد الأشخاص الادارية العامة المركزية أو المحلية، واما أن تتقرر لها الشخصية القانونية المستقلة ومن ثم تستقل بوسائلها الادارية والمالية والفنية ، وهنا تنشأ المؤسسة العامة أو الهيئة العامة التى وان استقلت عن الأشخاص الادارية الا أنها تخضع لاشرافها ورقابتها ، علاوة على أنها تعد بدورها من الأشخاص الادارية" المرفقية" ، ومثال ذلك الجامعات سواء فى العاصمة أم فى الاقاليم.

٢ ـ التزام المرافق العامة : بمقتضى هذا الطريق الذى يطلق عليه أيضا أسلوب "الامتياز" ، تتعاقد السلطة الادارية مع أحد الأفراد أو الشركات الخاصة ، على أن يتولى وفقا للشروط التى تضعها الادارة، ادارة مرفق عام اقتصادى واستغلاله لمدة محدودة، وبالتالى يقوم " الملتزم" بأداء الخدمة العامة على نفقته وتحت مسئوليته وبواسطة عماله مقابل تقاضى رسوم من المنتفعين بخدمات المرافق العامة، وذلك وفقا لعقد الالتزام المبرم بينه وبين الادارة .

الطبيعة القانونية لعقد الالتزام : هو عقد ادارى ذو طبيعة خاصة اذ يتضمن نوعين من النصوص، الأولى نصوص تعاقدية تتصل بعلاقةالملتزم وحقوقه المالية تجاه السلطة مانحة الالتزام ، وهى نصوص الأصل أنه ليس للادارة المساس بها فان تعدلت وجب عليها التعويض عن الأضرار الناجمة عن التعديل ،والثانية نصوص تنظيمية يمتد أثرها الى المنتفعين بخدمات المرفق مثل شروط الانتفاع بالخدمة وتحديد رسوم تقديمها .. الخ . وهى نصوص تخضع لحق الادارة فى تعديلها كلما تغيرت الظروف واقتضت المصلحة العامة ذلك.

والمعيار المميز بين هذين النوعين من النصوص يتمثل فى أن النصوص التعاقدية هى التى يمكن الاستغناء عنها فى حالة ادارة المرفق العام بأسلوب الاستغلال المباشر ، فان لم تكن كذلك فهى نصوص تنظيمية.

ويرد هذا العقد على المرافق الاقتصادية فقط لانها من جهة تحقق عائد مادى ، ولأن المرافق الادارية تتصل بسيادة الدولة ومن ثم لايجوز ترك أمر ادارتها لفرد أو شركة.

وعقد الالتزام عقد محدد المدة حيث يعود المرفق بعدها الى الدولة ويلزم أن تكون هذه المدة معقولة فلا تكون قصيرة بحيث لا تسمح للملتزم بالحصول على ما يعوضه عن نفقات المرفق وأخطاره الماليه بالاضافة الى العائد المعقول ، ولا تزيد عن المعقول بحيث يتحول المرفق فى واقع الامر الى نوع من الملكية الخاصة . ووفقا للدستور " يحدد القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ... " م ١٢٣ من الدستور الحالى .

والقانون الذى يحكم الالتزام فى مصر حاليا هو القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون ١٥٢ لسنة ١٩٦٢ ، ووفقا لهذا القانون فانه لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة.

آثار عقد الالتزام : عقد الالتزام، كأى عقد ادارى ، من شأنه ترتيب حقوق والتزامات لكل من طرفى العقد: الملتزم والسلطة مانحة الالتزام، غير أن عقد الالتزام، على الأخص ، يرتب أيضا حقوقا للمنتفعين بخدمات المرفق وذلك تجاه كل من الملتزم و السلطة مانحة الالتزام، اذ أن الهدف من ابرام هذا العقد هو توفير خدمة عامة للجمهور المنتفع بالمرفق ، وعليه يمكن القول أن لعقد الالتزام آثار قانونية بالنسبة للملتزم وللسلطة مانحة الالتزام ولجمهور المنتفعين .

أ ــ بالنسبة للملتزم : تتمثل حقوق الملتزم ــ وهى فى نفس الوقت التزامات تقع على عاتق السلطة مانحة الالتزام ــ فيما يلى :

١ ــ يتمتع الملتزم فى مواجهة المنتفع بخدمات المرفق بحق الحصول على رسوم الانتفاع بخدمات المرفق من جمهور المنتفعين ، حتى يتمكن الملتزم من تعويض مصاريف انشاء المرفق وادارته واستغلاله والحصول على نسبة معقولة من الربح ، وذلك خلال المدة الزمنية المعقولة التى تم الاتفاق عليها ، وعلى أساس أنه يلتزم بتعريفة الاسعار المتفق عليها فى العقد وما يطرأ عليها من تعديل من جانب الادارة فى حدود المخاطر العادية التى يتحملها الملتزم.

٢ ـ وفى مواجهة الادارة يتمتع الملتزم بحق الحصول على المزايا والتسهيلات المالية التى يتفق عليها فى العقد وتكفلها السلطة مانحة الالتزام بهدف تشجيع الملتزم على التعاقد وقبول ادارة المرفق ، ومثال ذلك السماح للملتزم على التعاقد وقبول ادارة المرفق ، ومثال ذلك السماح للملتزم باحتكار تقديم الخدمة ، والحصول على القروض اللازمة لممارسة نشاط المرفق ، أو ضمان أرباح ما قد يقدمه الملتزم من قروض للغير .. الخ. وعلى خلاف النصوص المتعلقة بتعريفة الاسعار ، فان هذه النصوص الاخرى تعتبر نصوصا تعاقدية لايجوز للادارة تعديلها بارادتها المنفردة ، وانما يلزم موافقة الملتزم على ذلك .

٣ ـ وفى مواجهة الادارة أيضا ـ وان كان ذلك لصالح المنتفعين فى النهاية ـ للملتزم الحق فى ضمان التوازن المالى للعقد ، بمعنى أن الملتزم لا يتحمل سوى نتائج المخاطر العادية للمشروع ، فاذا تعرض الملتزم لمخاطر غير عادية ـ سواء كان مصدرها عمل من أعمال السلطة العامة أو ظروف اقتصادية استثنائية عامة ـ فان للملتزم الحق فى المطالبة بالتوازن المالى أو بالأحرى اعادة التوازن المالى للمشروع وفقا لنظرية المخاطر الادارية أو نظرية الظروف الطارئة على نحو ما سندرسه فيما بعد .

ب ـ بالنسبة للسلطة مانحة الالتزام : اذا أبرمت الادارة عقد التزام ، فانه يترتب على ذلك تمتعها بحقوق تجاه الملتزم ـ وهى أيضا تمثل التزامات تجاه المنتفعين ولصالحهم ـ مصدرها فى الواقع طبيعة المرفق العام وليس العقد أو قانون الالتزامات ، بمعنى أن النص على هذه الحقوق فى عقد الالتزام أو فى قانون التزامات المرافق العامة ، او عدم النص عليها لا يمس هذه الحقوق فهى قائمة فى كافة الأحوال ، فاذا تم النص عليها فان الهدف من هذه النصوص يكون تنظيم هذه الحقوق وليس انشاءها ، فهى اذن نصوص تنظيمية وليست تعاقدية ، وبالتالى يحق للادارة تعديلها بالارادة المنفردة ، ولا يجوز لها التنازل عنها ولو جزئيا ، وتتمثل هذه الحقوق فيما يلى :

١ ـ حق الرقابة على انشاء وادارة المرفق العام ، فبحكم أن الادارة

مسئولة في الأصل عن حسن سير المرفق العام، فان لمانح الالتزام أن يراقـــب انشاء المرفق وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية حتى تتأكد الادارة مـــن التزام الملتزم بشروط سير المرفق العام المتفق عليها ومن عدم استغلالــــــه للامتيازات الممنوحة له في علاقته بالأفراد في غير اغراض المرفق ، ومن ثم فللادارة ان تعين مندوبين عنها في مختلف الفروع والادارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق لدراسة كافة النواحي سالفة الذكر وتقديم تقرير عنها لمانح الالتزام.

٢ ــ حق تعديل شروط تنظيم المرفق العام ، وذلك بحكم مسئولية الادارة عن حسن سير المرفق وترتيبا على مبدأ ضرورة مسايرة المرافق العامـــة للظروف المتغيرة والحاجات المستجدة، وبذلك يكون للجهة مانحة الالتـزام أن تعدل بارادتها المنفردة شروط تقديم الخدمة وقواعد استغلال المرفق ورســـوم الانتفاع أو أسعار أداء الخدمة ومواعيد اقتضاءها ، وكل ذلك بشرط أن تستهدف الادارة من التعديل تحقيق المصلحة العامة .

٣ ــ حق استرداد المرفق قبل نهاية مدة العقد، فاذا قدرت الجهة مانحة الالتزام ان اسلوب الالتزام لم يعد متفقا مع المصلحة العامة بشأن هذا المرفـــق فان للادارة الحق في شراء حقوق الملتزم في المرفق من الملتزم مع تعويضه عمـا يلحقه من أضرار ، فاذا رفض الملتزم بيع حقوقه، يحق للدولة تأميم المرفق أوبالاحرى استرداده رغما عن ارادة الملتزم .

جـ ــ بالنسبة للمنتفعين بخدمات المرفق : للمنتفعين حقوق مـــن ناحيتين :

١ ــ للمنتفعين حقوق في مواجهة الملتزم ، وهي اما تستند الى عقد مبرم بينه وبين المنتفع ،حيث تتحدد حقوق كل طرف وفقا لهذا العقد، وامـــا لايوجد عقد ومن ثم يحق لكل من استوفى شروط الانتفاع بخدمات المرفـــق أن يطلب من الملتزم تمكينه من الانتفاع والا أجبر على ذلك عن طريـــق الادارة او القضاء اذا لم تستجب الادارة، استنادا الى الطبيعة الادارية الخاصة لعقـــد الالتزام وما يتضمنه من نصوص تنظيمية .

٢ ـ وللمنتفعين حقوق فى مواجهة السلطة مانحه الالتزام، حيث لهم الحق فى مطالبتها اجبار الملتزم على تنفيذ او احترام شروط عقد الالتزام كتنفيذ تعريفة الاسعار المتفق عليها ومجال ومكان ومواعيد وشروط أداء الخدمة، وكذلك الحق فى اجبار الملتزم على تقديم الخدمة لمن يطلبها ممن استوفوا شروط الانتفاع بخدمات المرفق ، ومراعاة المساواة بينهم ٠

٣ ـ **مشروعات الاقتصاد المختلط** : ازاء ما وجه من نقد لأسلوب الاستغلال المباشر من أنه يعوق حركة الادارة لمايفرضه من قيود ادارية ومالية كثيرة، وأنه يحد من قدرة العاملين بالمرفق على الابتكار والابتداع، علاوة على احتمال تدخل الاعتبارات السياسية فى سير المرافق العامة ٠ وكذلك ما وجه من انتقادات لأسلوب التزام المرافق العامة، حيث يسعى الملتزم الى تحقيق أعلى ربح مادى لنفسه ، واحتمال استعانته بالاموال الاجنبية بما قد يمس سيادة الدولة، خاصة مع حق الملتزم فى استخدام وسائل القانون الادارى وامتيازاته مما يجعل المرفق أقرب الى المشروعات الخاصة المتميزة، وحيث لا تعفى الادارة من المسئولية المالية تماما اذ هى ملزمة باعادة التوازن المالى لمواجهة المخاطر الادارية والاقتصادية ، فقد ظهرت طرق أخرى لادارة المرافق العامة تعد اسلوبا وسطا بين الاستغلال المباشر والالتزام ، وأهم هذه الطرق :

أ ـ **مشاطرة الاستغلال** : وبمقتضاه تعهد الادارة لفرد أو شركة بتسيير وادارة المرفق العام ـ الاقتصادى دائما ـ مقابل عوض من الادارة اما فى صورة مبلغ ثابت أو فى صورة نسبة معينة من أرباح المشروع أو ايراده العام ، على أن تحتفظ الجهة الادارية بملكية المرفق العام وتقدم الأموال اللازمة لاعداده وتتحمل كافة مخاطر استغلاله٠

وتستهدف الادارة من هذا الاسلوب تخليص المشروع من الروتين وعوائق نظم التوظف والخدمة المدنية، حيث يقع على عاتق ادارة المشروع عبء توفير العاملين والموظفين بالمرفق وتنظيم مركزهم القانونى وفقا لقواعد القانون الخاص ٠

غير أن التجربة أثبتت فشل هذا الإسلوب الذى لا يستبعد تماما مساوىء أساليب الاستغلال المباشر والتزام المرافق العامة، ولذلك فهو أسلوب قليل التطبيق ، حيث لايتحقق غالبا سوى فى بعض المرافق السياحية مثل الفنادق ، اذ تفضل الادارة ترك مهمة تسييرها وادارتها لشركات متخصصة فى ادارة الفنادق ٠

ب ــ شركات الاقتصاد المختلط : وفقا لهذا الاسلوب، تنشأ شركة مساهمة تكتتب فى رأس مالها الدولة أو احدى الجهات الادارية بالاشتراك مع الافراد ، وذلك حتى يمكن التوفيق بين المصلحة العامة والجماعية وتمثلها الدولة أو الادارة والمصلحة الخاصة والفردية والتى يمثلها الافراد ٠ ويتميز هذا الاسلوب بالخصائص التالية :

١ ــ يتخذ المرفق العام شكل الشركة المساهمة وفقا لقواعد القانون التجارى الذى يحكم هذه الشركة من حيث تكوينها وادارتها ٠

٢ ــ للجهة الادارية حق الرقابة على المشروع الذى هو فى جوهره مرفقا عاما ، ومن ثم فهى تقوم بتعيين بعض أعضاء مجلس الادارة لايكون للجمعية العمومية سلطان عليهم، وتقع عليهم مسئولية التوفيق بين المصلحتين العامة والخاصة عند التعارض ٠

٣ ــ بالنظر الى خروج نظام هذه الشركة على قواعد القانون التجارى فانه يلزم أن يتم انشاؤها بقانون أو بناء على قانون ٠

وقد ثبت بالتجربة أيضا نجاح هذا الاسلوب فى ادارة الكثير من المرافق العامة مثل مرافق توزيع وانتاج الكهرباء والغاز ، والنقل البرى والبحرى والجوى ، وبعض البنوك التعاونية ٠

ثانيا : المبادىء العامة التى تحكم ادارة المرافق العامة :

من الثابت أنه أيا كان أسلوب ادارة المرافق العامة ونظامها القانونـــي، فان كافة المرافق العامة تستهدف الوفاء بخدمة عامة للجمهور . ومن ثم فانهـــا تخضع جميعها لبعض المبادىء العامة والأساسية والتى تمثل النظام العـــام للمرافق العامة •

وتتبلور هذه المبادىء فى ثلاثة :

١ ـ مبدأ دوم سير المرافق العامة بانتظام واطراد •
٢ ـ مبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل والتغيير •
٣ ـ مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة •

وعليه ندرس ببعض التفصيل كل من هذه المبادىء على حده :

المبدأ الأول : مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد :

أشرنا من قبل الى أن انشاء المرفق العام يعنى اقرار جهـة الادارة بأن حاجة جماعية ملحة قد بلغت من الأهمية مبلغا يقتضى تدخلها لكى توفرهـا باستخدام وسائل القانون العام• ولذلك فان المرفق العام يمثل أهمية كبيـــرة للجماعة حيث يصعب الاستغناء عنه أو تصور انقطاع خدماته أو مجرد توقفها لفترة زمنية محددة، اذ قد يلحق بهم هذا الانقطاع أو التوقف اضرارا كثيرة، ولنـــا أن نتصور مدى اختلال المجتمع اذا توقف مرفق الكهرباء أوالمياه أو المواصلات عن تقديم خدماته للجمهور وما سيتبع ذلك من كوارث وتخريب للاقتصاد بل واخـــلال بالنظـــام •

وعليه فما دام المرفق العام قائما ، فالاعتراف بحيوية وضرورة ما يؤديه من خدمات قائم ، وبالتالى يلزم على الادارة ضمان سيرة بانتظام و اطراد لتأديــة هذه الخدمات على أكمل وجه و من هنا، تقرر مبدأ دوام سير المرافق العامـــة بانتظام واطراد دون حاجة الى نص فى قانون أو دستور ، وأقر القضاء هذا المبـدأ

وما يترتب عليه من نتائج قانونية دون استناد الى أى نص تشريعى بوصفه من المبادىء القانونية العامة. كما أن المشرع فى كثير من الدول أقر صراحة فى القانون أهم النتائج المترتبة على المبدأ وهى :

١ ـ تحريم اضراب العاملين بالمرافق العامة لما يؤدى اليه من تعطيل لسير المرفق بانتظام واطراد ، وخاصة اذا شمل الاضراب غالبية العاملين بما يشل المرفق ، وعليه قرر مجلس الدولة الفرنسى ان الاضراب عمل غير مشروع ومخالف للقوانين واللوائح وهو مبرر لفصل المضربين دون اتباع أى ضمانات.

والواقع ان الاضراب عن العمل يعد حقا للعاملين فى المشروعات الخاصة بوصفه احدى وسائل التعبير عن الرأى ، ولذلك يعترف به المشرع فى معظم الدول ويقرر بعض الضمانات للمضربين عن العمل حماية لمصالحهم فى مواجهة مصالح رب العمل وهى كلها مصالح خاصة متعارضة ، وذلك على خلاف الأمر فى المرافق العامة حيث يقع التعارض بين المصالح الخاصة للمضربين والمصالح العامة لجمهور المنتفعين بخدمات المرفق والتى يلحقها الضرر حتما نتيجة اضراب العاملين فى المرفق ، ومن هنا يعتبر هذا الاضراب فى المرافق العامة أمرا غير مشروع يؤدى الى فصل المضربين دون أية ضمانات.

٢ ـ تنظيم استقالة الموظفين والعاملين بالمرفق بما يضمن عدم الاخلال بحسن سير المرافق العامة ، فالاستقالة وان كانت فى الأصل حق للموظف يستخدمه بكامل حريته وفى كل وقت ، الا أنها ليست حقا مطلقا اذ يرد عليها قيد عام وهو أنها لا تنتج أثرها مباشرة بانقضاء العلاقة الوظيفية وترك الموظف لعمله بمجرد تقديمها ، وانما يلزم أولا قبول جهة الادارة لطلب الموظف بالاستقالة ، وبحيث يكون للادارة أن ترفض الاستقالة لاسباب تتعلق بصالح العمل او أن ترجىء قبولها لحين تدبير البديل وذلك بصورة مؤقتة ، خروجا على القاعدة الدستورية التى تحظر فرض العمل جبرا على الافراد ، تحقيقا للمصلحة العامة وضمانا لسير المرفق بانتظام واطراد.

٣ ـ الاخذ بنظرية الموظف الفعلي ـ وهو ذلك الذى يتولى وظيفة معينة دون سند شرعى او دون سند اطلاقا ـ بحيث تعتبر تصرفاته مشروعة فى الظروف الاستثنائية استنادا الى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد. مادامت هذه التصرفات كانت تستهدف تحقيق ذلك المبدأ .

٤ ـ تقرير سلطات فعالة للادارة في العقود الادارية التى تبرمها بصدد نشاط المرفق العام حيث يكون لها سلطة توقيع الجزاءات بارادتها المنفردة على المتعاقد معها متى أخل بالتزاماته أو أهمل فى تنفيذها أو تراخى في التنفيذ ، وذلك بهدف اجباره على تنفيذ التزاماته بكل دقة وفى المواعيد المحددة وبذل أقصى درجات العناية والحرص فى تنفيذ تلك الالتزامات .

٥ ـ كذلك الأخذ بنظرية الظروف الطارئة فى العقود الادارية، فيكون للمتعاقد الذى يواجه ظروفا اقتصادية استثنائية تجعل استمراره فى التنفيذ مرهقا ارهاقا شديدا ، الحق فى تعويضه بما يسمح له بالاستمرار فى تنفيذ التزاماته حتى لا يتعطل سير المرفق العام وذلك على نحو ما سندرسه فيمابعد .

المبدأ الثانى : مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير :

بانشاء المرفق العام ، تكون الادارة قد حددت أسلوب ادارة وتسيير المرفق وفقا للظروف القائمة وقت الانشاء وبحسب طبيعة ونشاط المرفق ونوعية خدماته والهدف منه .

ولما كانت هذه الظروف تتطور وتتغير بصورة دائمة، فانه يلزم أيضا تطوير المرفق العام سواء من حيث نشاطه أو من حيث اسلوب ادارته حتى يمكن للمرفق العام أن يواكب الحاجات المستجدة تحقيقا للصالح العام، ومن ثم يحق للادارة أن تتدخل فى أى وقت لتعدل من قواعد سير المرافق العامة بارادتها المنفردة بما تراه متفقا مع الصالح العام دون ان يكون لاى فرد الادعاء بحق مكتسب له فى استمرار نظام معين .

وبذلك يشترط لاجراء هذه التعديلات تغير الظروف أولا ، واستهداف المصلحة العامة ثانيا .

المبدأ الثالث : مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة :

مبدأ المساواة من المبادىء الدستورية الهامة التى يحرص المشرع الدستورى على تقريرها فى نصوص الدستور ، وهو مايتحقق فى المادة ٤٠ من الدستور المصرى ، ومن تطبيقات هذا المبدأ ضرورة تحقيق المساواة بين الأفراد فى الانتفاع بخدمات المرافق العامة التى تمثل أمرا جوهريا لجميع الافراد • ومع ذلك فللمرفق العام ان يضع شروطا عامة موضوعية يلزم توفرها فى كل من يريد الانتفاع بخدمات المرفق كتحديد رسم معين مقابل الخدمة أو موءهلات خاصة لمن يريد الالتحاق بوظائف عامة معينة، ولكن ليس للمرفق أن يضع أية شروط من شأنها الاخلال بالمساواة وايجاد التفرقة بين الافراد بسبب الجنس أو الأصل او اللغة أوالدين أو العقيدة فمثل هذه الشروط تعد باطلة دستوريا اذ ليس الغرض منها تنظيم اقتضاء الخدمة، كما أنها لا تحقق المصلحة العامة ولا حتى مصلحة المرفق ذاته، ومن ثم فهى شروط لا سند قانونى لها ، اذ لايحق للمرفق المغايرة والتمييز بين المنتفعين الا اذا اختلفت ظروفهم العامة كاختلاف المكان او نوع ومستوى الخدمة أو هدفها ، وبحسب ما يسود المجتمع من ظروف وقيم وتقاليد •

غير أنه قد يرد على المبدأ بعض الاستثناءات التى يقررها القانون بقصد تحقيق رعاية مميزة لمجموعة غير محددة بذاتها من الأفراد المنتفعين ، كاعفاء الممتازين أو العاجزين من رسوم اداء الخدمة أو اعفاء بعض الفئات منها لاعتبارات تتعلق بطبيعة عملهم •

ومن ناحية أخرى فان مبدأ المساواة لا يحرم الادارة سلطتها التقديرية فى الاختيار من بين الافراد، فتختص بعضهم بالخدمة التى يوءديها المرفق دون البعض الآخر ، بشرط ألا تستهدف من هذا الاختيار سوى تحقيق المصلحة العامة •

ولعل أهم الموضوعات التى أثيرت فى هذا الصدد ، مسألة المساواة بين الرجل والمرأة من تولى الوظائف العامة فبالرغم من النص الدستورى

فى مصر الذى يحرم التمييز على أساس الجنس، فان محكمة القضاء الادارى فى مصر استقرت على أن للادارة حرية تقدير ما اذا كانت المرأة بالنسبة الى وظيفة معينة قد انتهت بها مدارج التطور الى حد الصلاحية لتولى هذا المنصب أو تلك الوظيفة، ومن ثم يكون للادارة الحق فى استبعاد المرأة من شغل بعض الوظائف تأسيسا على بعض الاعتبارات الاجتماعية، وهو ما تحقق بالنسبة لمناصب القضاء».

كما أنه وفقا لتقاليد المجتمع يجوز للادارة - بل ويلزم عليها أحيانا - أن تفرق بين الرجل والمرأة فى تقديم بعض المرافق لخدماتها لهم، ومثال ذلك تخصيص حدائق أو شواطئ للنساء والأطفال - وهو مايحدث فى بعض دول الخليج - أو أماكن مقصورة عليهم او على المسنين فى وسائل النقل العامة - وهو ما يحدث فى مصر - ، فمثل هذا التمييز لا يخل بمبدأ المساواة خاصة اذا كانت هناك بدائل من الحدائق والشواطئ العامة المفتوحة للجميع، وذلك استجابة لتقاليد وقيم المجتمع .

الفرع الثانى
نظرية الأموال العامة

تمثل الأموال العامة التى تتبع السلطة الادارية الوسيلة المادية التـــى تستعين بها الادارة لممارسة نشاطها وخاصة فى مجال اشباع الحاجات العامـــة للأفراد عن طريق المرافق العامة • فهذه المرافق تحتاج الى أموال عقاريـــــة ومنقولة لتتمكن من أداء خدماتها لجمهور المنتفعين •

ومن المسلم به أن الأموال التابعة للادارة ليست كلها أموال عامــــة، فمن هـذه الأموال ما تملكه الادارة ملكية عادية مماثلة تماما للملكية الخاصـــة للأفراد ، ولذلك فهى تخضع كقاعدة عامة لذات الأحكام القانونية التى تخضـــع لها الأموال الخاصة للأفراد والتى يضمها القانون المدنى، ويختص بنظــــر المنازعات المتصلة بها جهة القضاء العادى •

أما الأموال التى يطلق عليها المال العام أو الاملاك العامة تمييزا لهـا عن المال الخاص أو الاملاك الخاصة للادارة، فانها تخضع لنظام قانونى متميـــز حيث تحكمها قواعد قانونية مختلفة تدخل فى نطاق قواعد القانون الادارى وتفصل فى المنازعات المتصلة بها جهة القضاء الادارى •

وفى مجال دراسة القانون الادارى ، فان مايعنينا هو البحث فـــى النظام القانونى للأموال العامة فقط ، ومع ذلك فانه يتحتم علينا أولا أن نـدرس معيار تمييز الأموال العامة عن الأموال الخاصة للادارة •

المبحث الأول
معيار تمييز الأموال العامة

تعددت المعايير الفقهية بصدد تمييز الأموال العامة، وان كانت أهم هذه المعايير ثلاثة ظهرت بالترتيب الاتي :

أولا : معيار التخصيص لاستعمال الجمهور : ومقتضى هذا المعيار تعتبر أموالا عامة تلك المخصصة لاستعمال الجمهور مباشرة، وبالتالى فانها تكون غير قابلة لأن تكون محلا للملكية الخاصة لفرد أو مجموعة محددة من الأفراد ، حيث أن جوهر حق الملكية استئثار المالك دون غيره بسلطات الملكية من تصرف واستغلال وانتفاع .

وعليه فانه يعتبر مالا عاما الطرق والحدائق والشواطىء والميادين والاثار بغض النظر عن كيفية استعمال الجمهور لهذه الأموال وشروط هذا الاستعمال .

غير أن هذا المعيار تعرض للنقد حيث أنه يضيق كثيرا من نطاق الاموال العامة ، فهناك أموال غير مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور بالرغم من التسليم بأنها من الأموال العامة التى تخضع للنظام القانونى الخاص بالاموال العامة، مثل المبانى الحكومية والتحصينات العسكرية والمطارات السرية .

يضاف الى ذلك أن عدم قابلية المال العام للتملك هو نتيجة لاعتبار المال من الأموال العامة وليس أمرا مستمدا من طبيعة المال ذاته، بدليل أنه من الممكن أن تكون مثل هذه الأموال محلا للملكية الخاصة، مثلما هو الحال فى بعض الدول حيث قد يتملك بعض الأفراد بعض الطرق والحدائق الخاصة .

ثانيا : معيار التخصيص لخدمة مرفق عام : مع ظهور معيار المرفق العام كأساس للقانون الادارى ومحور لنظرياته، اتجه جانب كبير من الفقه الى اعتبار كل عقار أو منقول تخصصه الدولة لمرفق عام من الأموال العامة، ومن ثم تعتبر من الاموال العامة المبانى الحكومية والمدارس و المستشفيات ومكاتب البريد ومراكز الشرطة .

بيد أن هذا المعيار لم يسلم بدوره من النقد ، حيث عارضه بعض الفقهاء لأنه يوسع من دائرة الأموال العامة الى حد كبير ، على خلاف المعيار السابق ، حيث يعتبر مالا عاما كل ما هومخصص لخدمة مرفق عام حتى ولو كان ضئيل القيمة ولا يوجد ما يبرر اخضاعه للنظام القانونى الخاص بالاموال العامة ، سيما ما يتعلق منه بالحماية المدنية والجنائية له ، وذلك كـالادوات المكتبية البسيطة مثل الاقلام والاوراق والأحبار وما الى ذلك ٠

كما أن هذا المعيار من ناحية أخرى ، يؤدى الى استبعاد طائفة من الأموال من دائرة الأموال العامة لمجرد كونها غير مخصصة لخدمة مرفق عام بصورة مباشرة مثل الطرق والشوارع المخصصة للاستعمال المباشر للجمهور دون أن تتبع مرفق معين ٠

ثالثا : معيار التخصيص للمنفعة العامة : ازاء النقد الموجه لكل من المعيارين السابقين اتجه الفقه الى محاولة الجمع بينهما مع تلافى أوجه النقد المشار اليهما ، فاستقر الفقه والقضاء على الأخذ بمعيار التخصيص للمنفعة العامة باعتباره أكثر المعايير وضوحا وانضباطا واتفاقا مع مقتضيات المصلحة العامة ٠

وبمقتضى هذا المعيار تعتبر أموالا عامة كل الأموال التابعة للدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام والمخصصة للمنفعة العامة ، سواء كان هذا التخصيص متمثلا فى اعداد المال العام لخدمة الجمهور مباشرة كالطرق العامة والحدائق وشواطيء البحار ، أم كان متمثلا فى رصد المال لخدمة مرفق عام ، فلا يستفيد الافراد منها الا بطريق غير مباشر من خلال المرفق العام المخصص له هذا المال ٠

وقد أخذ المشرع فى مصر بهذا المعيار حيث لا يعتبر المال من قبيل المال العام ــ وفقا للمواد ٨٧ و ٨٨ من القانون المدنى الحالى ــ الا اذا توافر فيه شرطين :

١ ـ أن يكون المال مملوكا للدولة أو لاحد الاشخاص المعنوية العامة المحلية أو المرفقية .

٢ ـ أن يكون المال مخصصا للمنفعة العامة، سواء كان التخصيص في صورة استعمال الجمهور للمال العام مباشرة كالطرق والحدائق العامة . أوفى صورة تخصيص المال العام لخدمة مرفق معين ومن ثم استعمال الجمهور لهذا المال عن طريق المرفق العام بطريق غير مباشر .

والتخصيص للمنفعة العامة أما أن يتم بالطريق القانونى أو الرسمى واما بالطريق الفعلى. والطريق الأول هو الغالب، وهو يتم اما بقانون صادر عن السلطة التشريعية أو بتفويض من القانون لا حدى الجهات الادارية تخول بمقتضاه سلطة اصدار قرارات تخصيص الاموال للمنفعة العامة .

أما بالنسبة الى التخصيص الفعلي للمنفعة العامة ، فهو يعنى أن هذا التخصيص يتم من الناحية الواقعية او العملية أصلا ، وليس عن طريق الاداة القانونية ، وهو ما يتحقق اما بفعل الطبيعة كأن يغير النهر مجراه ويتخذ له مجرى جديدا ، واما بفعل الدولة او الادارة ذاتها عندما ترصد أحد أموالها الخاصة لتحقيق المنفعة العامة كما لو تركت للافراد حرية استخدام جزء من أملاكها الخاصة كمرفق عام لموتاهم .

واذا أرادت الدولة أن تخصص بعض أموال الافراد المملوكة لهم ملكية خاصة ، فعليها أن تلجأ أولا الى اجراءات نقل هذه الملكية الى ملكية الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، ثم تعمد بعد ذلك الى تخصيص هذا المال للمنفعة العامة فيدخل بذلك فى عداد الأموال العامة .

ويتم نقل ملكية الافراد الى ملكية الدولة عن طريق احدى وسائل القانون الخاص المتاحة للأفراد مثل عقد البيع او التقادم او الالتصاق ، وهذه تسرى عليها قواعد القانون المدنى المقررة لهذه الوسائل ، أو عن طريق الالتجاء الى وسائل القانون العام اذا لم يفلح الطريق الاول ، وذلك مثل التأميم

ونزع الملكية والاستيلاء على العقارات على نحو ما سنبينه لاحقا ٠

وبالمقابل يتم تجريد المال العام من صفته العامة بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة ، اما بمقتضى قانون أو بالفعل وذلك بانتهاء الغرض الذى من أجله تم التخصيص للمنفعة العامة ٠ والقاعدة أنه فى حالة عدم وجود نص يحدد الجهة التى تتولى تجريد المال من صفته العامة وتحويله بالتالى الى مال خاص مملوك للدولة ، يتعين أن يتم هذا التجريد بأداة مماثلة من حيث القوة القانونية لذات الاداة التى تولت تخصيص هذا المال للمنفعة العامة ٠

والأموال العامة يمكن أن تكون عقارية أو منقولة ، وهى تتنوع من حيث الجهة التى تملكها الى أموال عامة قومية تملكها الدولة ، واخرى محلية تملكها الوحدات المحلية ٠

المبحث الثانى
النظام القانونى للاموال العامة

بينا أن الاموال العامة تخضع لنظام قانونى خاص يختلف عن النظام القانونى للاموال الخاصة التى يملكها الافراد أو الهيئات العامة ، ويرجع هذا الاختلاف الى أن تخصيص المال العام للمنفعة العامة يستتبع تمييز هذا المال بقواعد قانونية خاصة تكفل هذا التخصيص وتضمن استمراره فى تحقيق النفع العام .

وأهم عناصر هذا النظام القانونى والتى سنتناولها بالدراسة هى تحديد حقوق الدولة أو بالاحرى الادارة وكذلك الافراد على المال العام • ثم بيان طرق حماية هذا المال ،وأخيرا توضيح طرق اكتساب المال العام.

المطلب الأول
حقوق الدولة والافراد على المال العام

لا شك فى أن تخصيص المال العام للمنفعة العامة لا يتعارض مع تبعية هذا المال لجهة ادارية ما أو على الاقل خضوعه لاشرافها ، علاوة على ممارسة الافراد لبعض الحقوق على هذا المال المخصص لمنفعتهم العامة ، وعليه يلزم علينا أولا أن نحدد الطبيعة القانونية لحق الدولة والأشخاص الادارية على الأموال العامة، ثم نبين بعد ذلك كيفية ممارسة الأفراد لحق استعمال المال العام •

أولا : طبيعة حق الشخص العام على الأموال العامة : نظرا لأن الاموال التابعة للادارة تنقسم — كما بينا — الى أموال خاصة تمارس عليها الادارة حق الملكية المماثل تماما لحق ملكية الافراد لاموالهم الخاصة، وأموال عامة تخضع لنظام قانونى متميز ، فقد ثار التساؤل حول طبيعة حق الشخص الادارى على ما يتبعه من الاموال العامة ، وهل هو حق ملكية أم غير ذلك؟

ويكتسب هذا التساؤل أهمية خاصة فى مصر ، حيث أراد المشرع فيها تجنب البت فيه عندما حدد علاقة الدولة بالأموال العامة بقوله أنه" تعتبر أموالا عامة جميع العقارات والمنقولات التى للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة". وهو النص الذى يرد فى المادة ٨٧ من القانون المدنى المصرى الحالى.

وقد كان الاتجاه السائد قديما يرفض الاعتراف بفكرة الملكية للأموال العامة، على أساس أن حق السلطة العامة عليها لا يتعدى حق الاشراف والرقابة ضمانا لتحقيق الأهداف المتخصصة لها ، ومن ثم فان هذا الحق لا تتوافر بشأنه عناصر حق الملكية المتفق عليها وهى عناصر التصرف والاستغلال والاستعمال التى تتيح للمالك الاستئثار بما يملكه . فالمال العام لايجوز التصرف فيه كما سنرى لاحقا ، كما أنه ليس محلا للأستغلال المالى من قبل الادارة التى يتبعها هذا المال ، وأخيرا فان الادارة لا تنفرد باستعمال هذا المال حيث يشترك معها الافراد فى ممارسة حق استعماله.

غير أن الرأى استقر حديثا على الاعتراف بحق الملكية على المال العام، وهو وان كان يماثل حق الافراد فى ملكية أموالهم الخاصة ، الا أن حق ملكية المال العام يخضع لأحكام القانون العام التى تتميز عن أحكام القانون الخاص التى تحكم حق الملكية على الاموال الخاصة، ومن هنا رأى البعض اطلاق اصطلاح حق الملكية الادارية على ملكية الأموال العامة، بالمقابلة لاصطلاح حق الملكية المدنية الذى يمكن تخصيصه للاموال الخاصة .

والواقع أن حق ملكية الاموال العامة لا يختلف من حيث الجوهر عن حق ملكية الاموال الخاصة ، فمن ناحية أولى نجد أن مفهوم" حق الملكية" التقليدى قد تغير تماما ، اذ لم تعد الملكية هى استبداد المالك بما يملكه ، وانما غدت وظيفة اجتماعية يمكن للمشرع أن يخضعها لما يراه ملائما من قيود تستهدف تحقيق المصلحة العامة و مبادىء العدالة الاجتماعية دون أن تحول هذه القيود عن اعتبار حق الافراد على أموالهم حق ملكية .

ومن هنا فليس من المقبول أن يكون من شأن القيود التى فرضهـــا المشرع لحماية المال العام وتخصيصه للمنفعة العامة، انكار حق الدولة فـــى ملكية المال العام ٠

ومن ناحية ثانية، فان الواقع يشير الى أن الدولة تمارس على المـــال العام كافة عناصر حق الملكية من تصرف واستغلال واستعمال فبالنسبة لحـــق الاستعمال فان من الأموال العامة ما يقتصر استعمالها على الادارة والسلطـــات العامة كالمناطق العسكرية و الاسلحة الحربية، ومنها ما يخصص للاستعمـــال عن طريق المرافق العامة، كما أن ترك المالك لجانب من أمواله قابلا لاستعمال الجمهور لا ينفى ملكيته لهذا المال ٠

وبالنسبة لحق الاستغلال ، فمن الملاحظ أن تخصيص المال للمنفعة العامة لا يتعارض فى كثير من الأحيان مع حصول الدولة على رسوم ومقابل مالـــى للانتفاع بهذا المال، دون أن ينفى ذلك صفته العامة ما دام الهدف الاساســـى من هذا المال هو تحقيق النفع العام٠

وأخيرا فانه بالنسبة لحق التصرف، فانه يمكن للدولة التصرف فـــى المال العام بتجريده من صفته العامة وتحويله الى مال خاص، فعدم التصرف فى المال العام ليس فى الواقع سوى اثباتا لحق ملكية الدولة على هذا المال، اذ أن عدم جواز التصرف فى المال العام هو قيد على التصرف ومن ثم فهو تأكيدا لـــه ، وهذا القيد يزول بمجرد ممارسة الادارة لسلطتها التقديرية فى انهاء تخصيص المال للمنفعة العامة٠

وعليه فقد أصبح من المسلم به أن للدولة الحق فى رفع كافة الدعـــاوى القضائية المقررة للمالك لحماية ما يملكه من أموال كدعوى الاسترداد ودعـــاوى الحيازة ومنع التعرض٠

والخلاصة أنه من غير المجدى انكار حق ملكية الدولة على أموالهـــا العامة ، لما يثيره هذا الانكار من مشاكل وصعوبات لا مبرر لها، ولذلك فمـــن

المتفق عليه أن سلطة الدولة والأشخاص العامة على الأموال العامة تتمثل في حق الملكية المقيد فقط بمبدأ تخصيص هذا المال للمنفعة العامة وما يستتبع ذلك من نتائج وآثار، تؤدي الى اختلاف حق ملكية المال العام عن حق الملكية العادية في نطاق هذا الحق ومضمونه دون جوهره.

ثانيا: استعمال الأفراد للأموال العامة :

تخصيص المال العام للمنفعة العامة يعني أن للأفراد الحق في الانتفاع بالمال العام وذلك في حدود الغرض الذي من أجله تم تخصيص هذا المال.

وانتفاع الافراد بالمال العام يتحقق بالسماح لهم باستعمال هذا المال، ولكن بشرط ألا يتعارض هذا الاستعمال مع تخصيص المال للمنفعة العامة الا في حدود ضيقة وبصورة استثنائية، وعليه فمن الممكن التمييز بين الصور التالية من صور استعمال الافراد للمال العام.

١ ـ الأموال العامة ـ كما قلنا ـ قد تكون مخصصة لمرفق من المرافق العامة، فلا يستعملها الجمهور الا بطريق غير مباشر، من خلال الحصول على الخدمات أو الحاجات العامة التي يتولى المرفق العام اشباعها، وفي هذه الحالة فان استعمال الجمهور للمال العام يخضع للقيود والشروط التي يفرضها المشرع في هذا الصدد سواء بمنع الجمهور من ارتياد هذه الأموال بصورة مطلقة كما هو الحال بالنسبة للمنشآت العسكرية، أو بتنظيم هذا الارتياد في مواعيد وساعات معينة كما يتم في معظم مباني الوزارات ومرافق الخدمات، أو بعد توافر شروط انتفاع الافراد بتلك الأموال، وهي شروط تختلف باختلاف طبيعة المرفق، كما هو الحال بالنسبة لوسائل الاتصال والانتقال مثل الخطوط التليفونية والتلغرافية ووسائل النقل بالطائرات أوالسفن الحكومية أو السكك الحديدية.

٢ ـ وقد يتم تخصيص المال العام لخدمة الجمهور مباشرة كالشوارع والطرق والحدائق والشواطئ. وفي هذه الحالة، فان القاعدة العامة هي أن

يتفق استعمال الافراد لهذه الاموال مع الغرض الذى من أجله خصص المال ، كالسير فى الطرقات العامة ، والاستحمام فى شواطىء البحار . والتنزه فى الحدائق ، بحيث يحق لكافة الافرادوعلى قدم المساواة بينهم استعمال المال العام بحرية تامة وفى الوقت الملائم لهم ٠

والواقع أن استعمال الافراد للمال العام فى هذه الصورة ، هو فى حقيقته ممارسة لحرية من الحريات الفردية الدستورية العامة كحرية الغدو والرواح على الطرق العامة وحرية الانتقال بالطرق البرية او البحرية أو الجوية ، وحرية العقيدة والقيام بالشعائر الدينية بارتياد محال العبادة ٠

ولذلك فان هذا الاستعمال للمال العام يحكمه قاعدتى "الحرية " و"المساواة" بين المنتفعين ، علاوة على مجانية الانتفاع المشترك للأفراد بالمال العام ما لم تقتض المصلحة العامة خلاف ذلك ٠

٣ ـ وقد يستأثر أحد الأفراد باستعمال جزء من المال العام استعمالا خاصا أو فرديا ، فيمنع غيره من استعماله معه ، وبشرط أن يتم هذا الاستعمال فى حدود الغرض الذى تم من أجله تخصيص هذا المال ، ومثال ذلك استئثار تاجر أو بائع معين بجزء من السوق العام لعرض بضائعه ، وتخصيص مدافن للعائلات فى الجبانات لدفن موتاهم ٠

وهذا الاستعمال وان كان يخضع لكافة القواعد والأحكام التى يخضع لها الاستعمال المشترك للأفراد للمال العام ، الا أنه يختلف عنه فى أنه يخضع عادة لضرورة الحصول على اذن سابق ، قبل الاستعمال وذلك فى صورة ترخيص يصدر به قرار ادارى ، أو عقد بين الادارة والفرد الذى يرغب فى استعمال المال العام استعمالا خاصا ٠ ولذلك فان هذا الاستعمال يكون فى معظم الاحيان بمقابل نظرا للطبيعة الفردية لهذا الاستعمال والذى يضفى عليه طابع الاستئثار ٠

٤ - وأخيرا ، قد يتمثل استعمال الأفراد للمال العام، في صورة استئثار فرد معين بجزء من المال العام ، يقوم وحده باستعماله، ولكن على وجه مغاير للغرض الذى تم تخصيص المال العام لتحقيقه، ومثال ذلك انفراد بعض الافراد باستعمال أجزاء من أرصفة الشوارع، في وضع أكشاك لبيع بعض السلع، أو فى وضع المقاعد و المناضد لاستقبال رواد المطاعم والمقاهى، بالرغم من أن هذه الأرصفة مخصصة فى الأصل لعبور وسير المشاة. ومن أمثلتها كذلك اقامة محطات البنزين لتزويد السيارات بالوقود فى أحد الميادين العامة أو الشوارع العريضة .

وتعتبر هذه الصورة من استعمال المال العام، صورة استثنائية تخضع للسلطة التقديرية للادارة فى كل حالة على حده، سواء للسماح به أو لانهائه بالارادة المنفردة للادارة ، حتى ولو تم هذا الاستعمال استنادا الى عقد مبرم بين الادارة والفرد الذى استأثر بهذا الجزء من المال العام.

والقاعدة فى هذا الاستعمال أنه يكون بمقابل مادى ، وأنه يتم اما استنادا الى ترخيص ادارى أو عقد ادارى .

المطلب الثانى

قواعد حماية المال العام

يقتضى تخصيص الأموال العامة للمنفعة العامة تقرير قواعد قانونية خاصة ، من شأنها كفالة الحماية القانونية اللازمة لضمان استمرار هذه الاموال فى تأدية وظائفها المبتغاة من تخصيصها للنفع العام .

وقد استقر الأمر فى معظم الدول القانونية على بعض القواعد التى تكفل حماية للمال العام أشد من تلك التى تتمتع بها الأموال الخاصة . وقد حرص المشرع فى بعض الدول مثل فرنسا و مصر على النص على هذه القواعد ضمن مواد القانون المدنى مما أدى الى اطلاق اصطلاح قواعد الحماية المدنية على هذه النصوص.

غير أن ذلك لا ينفى أن هذه القواعد غدت من المبادىء القانونية العامة التى يمكن للقضاء ان يطبقها ولو لم ينص عليها فى أى تشريع .

بيد أنه علاوة على هذه القواعد ، فمن ا لملاحظ أن المشرع فى كثير من الدول يحرص على تقرير نوع آخر من الحماية يتسم بفرض عقوبات جنائية على بعض الأفعال الماسة بالأموال العامة مما أدى الى ظهور قواعد حماية جنائية للمال العام بالاضافة الى قواعد الحماية المدنية ، ولما كانت القاعدة المستقرة فى كافة الدول ، أنه لاجريمة ولا عقوبة الا بنص ، فانه لايجوز القول بوجود حماية جنائية للاموال العامة ما لم ينص على ذلك صراحة فى التشريعات الجنائية .

وعليه نشير فيما يلى الى أهم قواعد الحماية المدنية والجنائية للأموال العامة .

أولا : الحماية المدنية للمال العام : تتمثل الحماية المدنية للأموال العامة فى بعض القواعد القانونية التى تهدف الى تأمين المال العام وتحصينه مما قد يعوق تحقيق الغرض العام الذى خصص المال لخدمته ولتحقيقه .

وقد اعترف الفقه والقضاء فى فرنسا بهذه القواعد من قبل أن يقرها المشرع ، اما فى مصر فقد أقرها المشرع صراحة فى المادة ٨٧ من القانون المدنى ، مع ملاحظة أن هذا النص وان ورد فى القانون المدنى الا أنه يعد بطبيعته من قواعد القانون الادارى ، لما يحويه من قواعد استثنائية تخرج على أصول القواعد القانونية المدنية التى تحكم الاموال الخاصة .

وتتمثل الحماية المشار اليها ، فى القواعد الثلاثة التالية :

(أ) عدم جواز التصرف فى الأموال العامة : فلا يجوز للسلطة الادارية ان تتصرف فى المال العام ، وذلك بنقل ملكيته أو ترتيب أى حق عينى عليه ، بما يتعارض مع تخصيص هذا المال للنفع العام أو تجريده من هذه الصفة .

ولما كان تصرف الجهة الادارية فى المال العام التابع لها ، لاحـــدى الجهات الادارية الاخرى ، مركزية كانت أم محلية ، بمقابل أو بغير مقابـــل ، لايتعارض مع تخصيص المال للنفع العام ، فان مثل هذا التصرف يكون جائــزا • وكذلك الأمر اذا وضعت الجهة الادارية المال العام تحت يد ملتزم احد المرافـق العامة ، وفقا لعقد الالتزام او الامتياز المبرم بينها وبينه ، كما أن لها أن تغيـر تخصيص المال العام من منفعة عامة معينة الى أخرى • فكل هذه التصرفـــات تعد من التصرفات الادارية الجائزة بالنظر لاختلافها عن التصرفات المدنية فـــى أنها لا تؤدى الى اخراج المال عن اطار تخصيصه للمنفعة العامة •

ومع ذلك يلزم ملاحظة أنه اذا أرادت الجهة الادارية التصرف فى المـال العام ، فانه يمكنها تحقيق ذلك بأن تنهى أولا تخصيص المال للمنفعة العامة ، ومن ثم يتحول الى مال خاص يمكن التصرف فيه ، فاذا لم تقم الادارة بانهاء هذا التخصيص وقامت بالتصرف فى المال العام ، فان تصرفها فى هذه الحالة يعـــد باطلا بطلانا مطلقا ــ بحسب الرأى الراجح فقها وقضاء فى الوقت الحالـــى (١) ــ فيجوز لكل ذى مصلحة الطعن فى هذا التصرف سواء كان ذلك من جانـــب الادارة ذاتها أو من صدر التصرف لصالحه أو من الغير ذوى المصلحة ، ومن ثـــم لا يترتب على مثل هذا التصرف انتقال ملكية المال الى المتصرف اليه ، وان كان له ان يطالب الادارة بالتعويض ، لمسئوليتها عن عدم تسليمها المال موضـــوع التصرف •

(ب) عدم جواز تملك المال العام بالتقادم: اذا كانت القاعدة الاولـــى السالف ذكرها ، من شأنها حماية المال العام من " تصرفات" الادارة ، فان من شأن هذه القاعدة الثانية ، حماية المال العام من " تصرفات" الافــــراد ، او بالاحرى محاولاتهم تملك الاموال العامة •

---

(١) خلافا لذلك يرى البعض أن هذا التصرف يكون قابلا للابطال لمصلحـة الادارة • دكتور محمد زهير جرانه : حق الدولة والافراد على الامـــوال العامة ــ ١٩٤٣ ــ ص ١٣٣ •

فالأصل بالنسبة للأموال ، وهو ما ينطبق على الاموال الخاصة أنـــه يجوز نقل ملكية المال الى واضع اليد علية بما يطلق عليه" التقادم المكسب" غير أن هذه القاعدة لا تنطبق على الأموال العامة، لأن من شأنها تحقيق ذات النتيجة التى حرص الفقه والقضاء والمشرع على تلافيها بمنع الادارة من التصرف فى المال العام تأكيدا لتخصيصه للمنفعة العامة .

ولعل قاعدة جواز تملك المال العام بالتقادم تفوق القاعدة الأولى أهمية من الناحية العملية، اذ أن من شأنها تحقيق حماية فعالة لهذه الأموال من احتمالات اعتداء الافراد ـــ وهو ما يحدث عملا بصورة مطردة وواضحة ـــ على الأموال العامة ، بوضع أيديهم بطريقة يصعب اكتشافها فى كثير من الاحيان خاصة اذا كانوا يملكون عقارات مجاورة لموقع المال العام.

وعليه فانه اذا وضع فرد يده على احد الأموال العامة او جانب منها ، فمهما طالت مدة وضع يده ، يكون من حق الادارة متى تنبهت لذلك ، ان تسترد المال العام ، دون أن يكون لهذا الفرد الحق فى مباشرة الدعاوى المترتبة على وضع اليد والتملك بالتقادم المكسب .

ومن ناحية أخرى ، فانه بالنسبة للأموال العامة المتمثلة فى المنقولات فانها بدورها غير قابلة للتملك بالحيازة وفقا للقاعدة المستقرة فى القانون المدنى بصدد الاموال الخاصة، بأن " الحيازة فى المنقول سند الملكية" ؛ كما أن مبدأ " الالتصاق " والذى بمقتضاه تندمج الأموال الاقل أهمية فى الأموال الأكثر اهمية التى تلتصق بها ، اذا اختلف ملاك تلك الاموال ، لا تسرى على المال العام سريانها على المال الخاص ، لذات العلة التى من أجلها تم الحظر على التصرف فى المال العام أو اكتساب ملكيته بالتقادم أو بالحيازة، وعلى العكس من ذلك فقد استقرت فى مثل هذه الحالة، قاعدة أن " المال الخاص يتبع المال العام" حتى ولو كان المال العام اقل أهمية من المال الخاص.

(جـ) **عدم جواز الحجز على المال العام :** اذا كانت التصرفات الاختيارية فى المال العام، سواء بالتصرف من جانب الادارة أو بوضع اليد والحيازة من جانب الافراد ، لا تؤدى الى انتقال ملكية المال العام، فانه من باب أولى يكون محظورا نقل ملكية هذا المال العام جبرا عن ارادة الادارة ، وهو ما كان يمكن أن يتحقق بالسماح للافراد بالحجز على الاموال العامة المملوكة للادارة وفاء لديونها المستحقة لهم ، اسوة بما يجرى على الأموال بصفة عامة .

ولذلك فمن المستقر عليه أنه لايجوز نزع ملكية المال العام عن الادارة جبرا بطريق الحجز عليه، لأن الحجز وما يتبعه من تنفيذ جبرى وبيع للمال المحجوز عليه، يؤدى الى نفس النتيجة المرفوضة ، وهى انتقال ملكية المال العام المخصص للمنفعة العامة الى الغير من الافراد .

ومن ناحية اخرى ، فانه لايجوز ترتيب حقوق عينية تبعية على المال العام ضمانا للديون التى تشغل ذمة الجهة الادارية المالكة لهذا المال ، اذلاجدوى من هذه التأمينات العينية التى لا تهدف سوى الى تفضيل بعض الدائنين على بعض عند بيع أموال المدين جبرا ، وهو ما لا يجوز بصدد الأموال العامة .

ولعل فى افتراض أن الدولة هى مدين شريف ملىء، وما يعنيه ذلك من أن جميع دائنى الدولة لابد أن يحصلوا على ديونهم كاملة، ما يبرز هذه القاعدة ، بمنع الحجز على المال العام او ترتيب حقوق عينية تبعية كالرهن او الاختصاص عليها ، اذ لا خشية من امتناع الدولة عن دفع ديونها تهربا أو عجزا .

ثانيا : الحماية الجنائية : من الملاحظ فى معظم الدول القانونية المتقدمة أن المشرع لا يكتفى بالقواعد سالفة الذكر والتى من شأنها حماية المال العام من التصرفات المدنية ، وانما يعنى أيضا بتقرير نوع من الحماية الجنائية للمال العام، من شأنها حفظ هذا المال من أنواع التعدى الصادرة من جمهور المنتفعين بالمال العام أو اهمالهم .

صحيح أن المشرع الجنائي يتولى فى كافة الدول حماية الأموال بصفة عامة من الاعتداء العمدى على هذه الاموال ، الا أن حماية الاموال العامة جنائيا أكبر وأوسع مدى ، حيث يشدد المشرع فى عقوبة الاعتداء على الاموال وذلك من جهة ، كما أنه يوسع من نطاق التجريم بحيث يشمل مجرد الاعمال وعدم الحيطة، علاوة على أنه — غالبا — ما يفرض على المعتدى ازالة وجه الاعتداء ومحو آثاره ، وكل ذلك بهدف ضمان استمرار تحقيق المنفعة العامة التى تخصص لها هذه الأموال •

وقد اهتم المشرع فى مصر بتوفير هذه الحماية الجنائية الخاصة للإموال العامة، بل ومن الملاحظ أنه قد اتجه الى التوسع فى تحديد مدلول الأموال العامة التى تتمتع بهذه الحماية فى العديد من التشريعات الجنائية ، وهو ما يتضح — على سبيل المثال — من قراءة المادة ١١٩ من قانون العقوبات المصرى الحالى بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥ ، حيث تنص على أنه :

" يقصد بالاموال العامة فى تطبيق أحكام هذا الباب ما يكون كله أو بعضه مملوكا لاحدى الجهات الاتية أو خاضعا لاشرافها وادارتها :

(أ) الدولة ووحدات الادارة المحلية •

(ب) الهيئات العامة والمؤسسات العامة ووحدات القطاع العام•

(جـ) الاتحاد الاشتراكي (قبل الغائه) والمؤسسات التابعة له•

(د) النقابات والاتحادات•

(هـ) المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام•

(و) الجمعيات التعاونية•

(ز) الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التى تساهم فيها احدى الجهات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة•

(حـ) أية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الاموال العامة•

ومن ناحية أخرى فمن الممكن ملاحظة مبالغة المشرع فى تشديد

العقوبة على الاعتداء على الأموال العامة فى مصر ، من قراءة المادة ٣ من القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ والتى تضمنت العقاب بالاشغال الشاقة المؤبدة لكل من يتجمهر أو يحرض على التجمهر أو يشجعه بقصد تخريب أو اتلاف الاملاك العامة او التعاونية او الخاصة .

ولا يتسع المقام فى هذه الدراسة لعرض كافة نصوص القانون الجنائى التى تكفل حماية هذه الاموال العامة، حيث أنها لم تتقرر كنصوص قانونية عامة تسرى على كافة الاموال العامة، وانما جاءت متفرقة بهدف حماية بعض هذه الاموال سواء فى قانون العقوبات ذاته ، أو فى تشريعات خاصة .

ومع ذلك أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الأموال العامة، ثم حل محله القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥ ، وبمقتضاه تم تشديد العقوبة على الاعتداء على الاموال العامة مع التوسع الشديد فى تحديد نطاق هذه الأموال ، حيث امتدت الحماية لتشمل الاموال الخاصة المملوكة للدولة والاشخاص العامة الاخرى وشركات القطاع العام والجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام.

المطلب الثالث
طرق اكتساب المال العام

الأصل أن تلجأ الادارة لاكتساب الأموال العامة، الى الحصول عليها ممن يملكها من الافراد برضائهم، فتستعين بوسائل القانون الخاص كالشراء أو الاستئجار أو قبول الهبات والوصايا ، للحصول على هذه الاموال ،ومن ثم تخضع فى كافة هذه التصرفات لأحكام القانون الخاص .

بيد أن القانون الادارى يزود الادارة من ناحية أخرى ، بوسائل قانونية مختلفة من شأنها مواجهة حالة رفض الافراد نقل ملكية بعض أموالهم التى لاغنى عنها لتحقيق المنفعة العامة، بحيث أنه اذا استعصى على الادارة الحصول

على هذه الاموال بالاتفاق مع من يملكها وبرضائه . فانه يمكنها الحصول عليها جبرا عنه وذلك عن طريق نزع ملكية الاموال او الاستيلاء المؤقت عليها . اذا قدرت الادارة ضرورة ذلك لضمان تحقيق المصلحة العامة أو النفع العام .

وعليه يلزم علينا أن نشير تفصيلا الى تلك الوسائل التى يقررها القانون العام للادارة والتى من شأنها نزع الأملاك الخاصة والاستيلاء عليها جبرا .

أولا : نزع الملكية للمنفعة العامة : نزع الملكية اجراء ادارى من شأنه حرمان المالك من ملكه جبرا عنه لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما يناله من ضرر .

ولا ريب فى أن هذا الاجراء يمثل امتيازا استثنائيا للادارة ، لما ينطوى عليه من مساس بحرية الملكية الخاصة ، ولكن مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة ، فان المشرع الدستورى فى معظم الدول التى تحمى الملكية الخاصة ، يجيز للادارة اتخاذ هذا الاجراء الاستثنائى فى حدود معينة ووفقا لاجراءات يتولى تحديدها القانون .

وبدراسة الأنظمة القانونية المختلفة لنزع الملكية ، يمكن تحديد بعض الخصائص العامة المستقرة التى تحكم هذا الاجراء وهى :

(أ) نزع الملكية سلطة مقصورة على أشخاص القانون العام ، بمعنى أن للادارة وحدها الحق فى نزع الملكية ولحسابها ، باعتبارها تهدف دوما الى تحقيق المصلحة العامة .

(ب) نزع الملكية لايرد الا على العقارات المملوكة ملكية خاصة ، فلا يجوز ان يوجه نزع الملكية الى المنقولات أو العقارات الحكمية كالحقوق العينية .

(جـ) نزع الملكية منوط بتحقيق المصلحة العامة ، فلا يجوز اتخاذ هذا الاجراء الا اذا ثبت أن من شأن نزع الملكية تحقيق المنفعة العامة ،

وبعد اجراء موازنة بين الاضرار المترتبة على قرار نزع الملكية والمنفعة التي تهدف الادارة الى تحقيقها ، فاذا انتهت الموازنة الى ترجيح المنفعة ، كان القرار مشروعا ، اما اذا رجحت كفة الاضرار ، تعين التخلى عن القرار والغائه لعدم مشروعيته ٠

ويتأسس بطلان نزع الملكية لعدم مشروعيته فى هذه الحالة على مخالفة هذا الاجراء لاحد المبادىء القانونية العامة وهو مبدأ التوازن أوالموازنة بين المنافع والاضرار المترتبة على القرارات الادارية ٠ وقد أخذ القضاء الادارى فى فرنسا بهذا المبدأ لأول مرة فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث صدر حكمه فى ٢٨ /٥/ ١٩٧١ ، وبمقتضاه فان" المنفعة العامة" فى مشروع نزع الملكية لن تقدر بصورة منعزلة عن الظروف المحيطة به ، حيث أصبح للقاضى الادارى أن يقدر مدى تحقق هذه المنفعة العامة فى ضوء الاضرار التى تلحق بالملكية الخاصة، علاوة على التكلفة المالية للمشروع، اضافة الى المضار ذات الطابع الاجتماعى المحتمل وقوعها ٠ (٢)

وعلى ذلك عندما يتم الطعن فى قرار اعلان المنفعة العامة، يقوم قاضى الالغاء (أو تجاوز السلطة بمعنى آخر) بالتأكد اولا من أن هناك منفعة عامة تبرر نزع الملكية، فاذا توافرت هذه المنفعة عليه ثانيا أن يفحص ما اذا كان العقار المطلوب نزع ملكيته لا غنى عنه لتحقيق هذه المنفعة أم لا ؟

---

(٢) C.E 28.5.1971, Ville Nouvelle Est, L.409, Concl. BRAIBANI, A.J.D.A. 1971, P.405, D. 1972, P.194, N. Lemasurier, R.D.P. 1972, P.454, N. M. Waline, R.A. 1971, P.422.

وذلك بحسب ظروف كل حالة، فالأرض المطلوبة لبناء مدرجات الطلاب الجامعة في احدى الكليات اذا كانت ملاصقة أو مجاورة لمبنى الكلية، تكون لازمة لتحقيق المنفعة العامة ، في حين انها اذا كانت بعيدة تماما عنه، فليس من شأن نزع ملكيتها تحقيق هذه المنفعة بدرجة كافية (٣) . وأخيرا يتعين على القاضي الاداري تقدير ما اذا كان من شأن تنفيذ مشروع نزع الملكية ان يرتب من الاضرار المالية أو الاقتصادية والاجتماعية ما يفوق كثيرا المنفعة العامة المستهدفة بصورة مفرطة أم لا ؟ (٤)

ورغم ما يراه البعض من أن رقابة الموازنة تؤدي الى توسيع سلطات القاضي الى حد الرقابة على ملاءمة قرار نزع الملكية ، الا أن الراجح في تقديرنا أن هذه الرقابة لا تزال في اطار رقابة المشروعية، حيث نرى أن بحث القاضي لمدى الملاءمة في محل القرار باعلان المنفعة العامة ، ليس سوى وسيلة للتأكد من مشروعية القرار بمطابقته لمبدأ التوازن باعتباره من المبادىء القانونية العامة الملزمة للادارة، و للتيقن من استهداف تحقيق هذا القرار للمصلحة العامة الحقيقية التي لايمكن التوصل اليها الا بعد اجراء الموازنة المشار اليها ورجحان كفة المنفعة العامة على الاضرار المترتبة على القرار (٥) .

---

(٣) C.E 29.6.1979, Malardel, L.294, A.J.D.A. 1979, P.20, R.D.P. 1980, P.1167.

C.E 19.5.1983, Dame Baronnet, L.207.

C.E 3.4.1987, Metayer, L.121, D.1987, IR, P.100.

(٤) C.E 27.7.1979, Dele Drexel-Dahlgren, L.349, A.J.D.A. 1980, P.97.

C.E 20.10.1972, SCI Sainte-Marie de l'Assomption, L.657, R.D.P. 1973, P.843.

(٥) راجع في تفاصيل هذا الموضوع مؤلفنا : قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للادارة ـ ١٩٩٢ ـ ص ٢٢٣ ومابعدها .

والواقع أن القاضي الاداري هنا لا يلغى القرار لعدم الملاءمة، فهو لايملك ذلك ، وهو لا يحل محل الادارة في اتخاذ القرار الملائم في هذا الشأن ، وانما يعيد الامر اليها لاعادة التقدير مرة أخرى ، دون أن يفرض عليها أن تبني حاجتها من العقار في شمال المدينة أو غربها ، ولن يجبرها على أن يمر الطريق في هذا الاتجاه او ذاك، ولن يشير عليها بنزع ملكية قطعة أخرى محددة من الارض بدلا من المتنازع عليها ، وبذلك فانه سيحتفظ للادارة رغم حكمه بالغاء القرار الاداري بسلطتها التقديرية في هذا الشأن .

(د) نزع الملكية يتم مقابل تعويض عادل ، فهذا الاجراء يلزم أن يوفق بين اعتبارين متقابلين : تحقيق المصلحة العامة ، وحماية حق الملكية الخاصة ، واذا كانت المصلحة العامة تتحقق بنزع ملكية العقار، فان حماية حقوق الافراد تتمثل في ضرورة أن يكون نزع الملكية مقابل تعويض عادل يغطي كامل الضرر الذي أصاب مالك العقار ، وذلك تحقيقا لمبدأ المساواة بين الافراد في تحمل الاعباء العامة .

وقد أخذ المشرع المصري بالضوابط سالفة الذكر ، فاعتنق الدستور في المادة ٣٤ منه مبدأ أن الملكية الخاصة مصونة ، وبالتالي " لاتنزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض" ، واعتمد في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ذات الأسس ، فنص في المادة الثانية منه على أنه " يعد من أعمال المنفعة العامة في تطبيق أحكام هذا القانون :

أولا : انشاء الطرق والشوارع و الميادين أو توسيعها أو تعديلها أو تمديدها أو انشاء أحياء جديدة .

ثانيا : مشروعات المياه والصرف الصحي .

ثالثا : مشروعات الري والصرف .

رابعا : مشروعات الطاقة .

خامسا : انشاء الكباري والمجازات السطحية (المزلقانات) والممرات السفلية أو تعديلها .

سادسا : مشروعات النقل والمواصلات ٠

سابعا : اغراض التخطيط العمراني وتحسين المرافق العامة ٠

ثامنا : ما يعد من أعمال المنفعة العامة في أي قانون آخر ٠

ويجوز بقرار من مجلس الوزراء اضافة أعمال أخرى ذات منفعة عامة الى الاعمال المذكورة ٠

كما يجوز أن يشمل نزع الملكية فضلا عن العقارات اللازمة للمشروع الاصلي ، أية عقارات أخرى ترى الجهة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض من المشروع أو لان بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين المطلوب ٠

ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من رئيس الجمهورية " ٠

ووفقا للمادة السادسة يتم تقدير التعويض عن نزع الملكية طبقا للاسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية ٠٠ ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا ٠٠

ويجوز للادارة وفقا للمادة ١٤ من القانون الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة الى حين الانتهاء من اجراءات نزع الملكية ، بشرط دفع تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلي الى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية ٠

ثانيا : الاستيلاء المؤقت على العقارات : يقصد بالاستيلاء المؤقت على العقارات ، حيازة الادارة للعقارات المملوكة ملكية خاصة للافراد ، بصفة مؤقتة مقابل تعويض عادل ، وذلك بهدف تحقيق المنفعة العامة ٠

وتختلف المنفعة العامة من الاستيلاء المؤقت عن المنفعة العامة من نزع الملكية في أن الاولى تتسم بأنها منفعة عارضة لا تستلزم نزع الملكية ، ومن

ثم يكتفى بالاستيلاء على العقار موءقتا لحين تحقق هذه المنفعة العارضـــة، ولذلك نص المشرع فى المادة ١٥ من قانون نزع الملكية على حالات هـــــذا الاستيلاء بقولها : " للوزير المختص بناء على طلب الجهة المختصة فى حالـــة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء ، وسائر الأحوال الطارئة اوالمستعجلة أن يأمر بالاستيلاء موءقتا على العقارات اللازمة لاجراء اعمال الترميم اوالوقايـــة أوغيرها ، ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبى الجهة المختصة من اثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها دون حاجة لاتخاذ اجراءات أخرى ٠

ويتم تقدير التعويض الذى يستحق لذوى الشأن مقابل عدم انتفاعهـــم بالعقار ٠٠ "

ووفقا للمادة ١٦ من القانون " تحدد مدة الاستيلاء الموءقت علـــى العقار بانتهاء الغرض المستولى عليه من أجله او بثلاث سنوات من تاريـــــخ الاستيلاء الفعلى أيهما اقرب ويجب اعادة العقار فى نهاية هذه المدة بالحالـــة التى كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض عن كل تلف أو نقص فى قيمته ٠

واذا دعت الضرورة الى مد مدة الثلاث السنوات المذكورة وتعذر الاتفاق مع ذوى الشأن على ذلك ، وجب على الجهة المختصة أن تتخذ قبل مضى هذه المدة بوقت كاف اجراءات نزع الملكية ، وفى هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الاوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء وطبقا للاسعار السائدة و قت نـــــزع الملكية ، أما اذا أصبح العقار نتيجة الاستيلاء الموءقت غير صالح للاستعمـــال وجب على الجهة المختصة أن تعيد العقار الىحالته الاولى أو أن تدفع تعويضا عادلا للمالك او صاحب الحق " ٠ (٦)

---

(٦) ويجدر التنويه الى ضرورة عدم الخلط بين هذا النظام للاستيلاء الموءقت والاستيلاء (الدائم) بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقـــرر لزومها للمنفعة العامة تمهيدا لنزع ملكيتها — راجع فى ذلك الدكتـــور احمد احمد الموافى: فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية الخاصـــة ، رسالة دكتوراه — حقوق الاسكندرية —١٩٩٢— ص١٥٠٠

الباب الثالث

أساليب العمل الإدارى

التصرفات الإدارية

LES ACTES DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

عند ممارسة الأفراد لأوجه نشاطهم الخاص فان وسيلة تعاملهم الرئيسية انما تتمثل في العقود التي يبرمونها فيما بينهم سعيا وراء مصالحهم الخاصة . اما بالنسبة للادارة ، فانها باستهدافها تحقيق الصالح العام تتمتع بوسيلة قانونية أخرى - خلاف العقود - تمثل امتيازا خطيرا وهاما الا وهي وسيلة القرارات الادارية التي عن طريقها يمكن للادارة الزام الأفراد بارادتها المنفردة ، دون توقف على قبولهم أو رضائهم .

وحتى بالنسبة الى وسيلة التعاقد فان العقود التي تبرمها الادارة بهدف تحقيق المصلحة العامة تختلف من حيث نظامها القانوني اختلافا جذريا عن العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم أو تلك التي تبرمها الادارة لتحقيق مصالحها الخاصة بمعنى أن نظام العقود " الادارية " يختلف تماما عن نظام العقود المدنية .

والواقع أن العمل الاداري يمكن أن يتحقق من خلال عدة أساليب او تصرفات يمكن اتخاذها ، بحسب موضوع العمل الاداري والهدف منه ، مثل القرارات الادارية الفردية أو اللوائح الادارية او التراخيص الادارية أو العقود الادارية أو الاعمال المادية ، وفي هذا الصدد يمكن تقسيم كافة هذه الأعمال الى طائفتين رئيسيتين هما الأعمال القانونية أي تلك التي من شأنها احداث آثار قانونية ، والأعمال المادية التي ليس من شأنها ذلك .

ويندرج ضمن الطائفة الأولى نوعين من الأعمال القانونية ، الأولى تلك التي تعد تعبيرا عن الارادة المنفردة للادارة ، أي القرارات الادارية ، والثانية هي التي تصدر نتيجة الاتفاق بين ارادتين ، أي العقود الادارية . وتلحق التراخيص الادارية في غالب الأمر بالقرارات الادارية ما لم يثبت أنها في جوهرها نتيجة اتفاق ارادتين ، فتلحق حينئذ بالعقود الادارية ، وأخيرا تتنوع الأعمال المادية الى الكثير من التصرفات التي يصعب حصرها سلفا .

وعليه نعرض للتصرفات الادارية فى ثلاثة فصول ، يخصص كل منهـــــا لنوع من هذه التصرفات على النحو التالى :

الفصل الأول : القرارات الاداريـــة ٠

الفصل الثانى : العقود الاداريـــة ٠

الفصل الثالث: الأعمال المـادية ٠

الفصل الأول
القرارات الاداريـــة

تمثل سلطة الادارة فى اصدار القرارات المظهر الرئيسي والاساســـــى لوسائل الادارة فى مباشرة أوجه نشاطها ، حيث لا تستطيع السلطة الاداريـــــة الاستغناء عنها فى أى من هذه الأوجه ــ على خلاف العقود الادارية ــ التـــى يندر الالتجاء اليها بصدد مباشرة بعض أوجه النشاط الادارى مثل نشاط الضبــط الادارى ٠

واذا كان من المسلم به أن القرارات الادارية ــ فى حد ذاتها ــ هــى امتياز لا غنى عنه للادارة ، فانه عن طريق هذه القرارات ، تباشر الادارة امتيازات اخرى أهمها : مباشرة السلطة التقديرية (أو حرية التقدير) ، نزع الملكيــــة والاستيلاء على العقارات، التنفيذ المباشر ٠

وقد سبق لنا دراسة موضوع نزع الملكية والاستيلاء على العقارات مــن خلال تحديد طرق اكتساب ملكية الأموال العامة على نحو ما سبق شرحه، أمـــا موضوعى السلطة التقديرية ، والتنفيذ المباشر ، فسيكونان محلا للدراسة هنـــا ، حيث يتصل الموضوع الأول بدراسة عناصر القرار الادارى ومشروعيتها ، ويتصـــل الثانى بدراسة تنفيذ القرار الادارى ٠

وترتيبا على ما تقدم فاننا نرى دراسة القرارات الادارية على النحوالتالى:

أولا : ماهية القرار الادارى :

١ ــ التعريف بالقرار الادارى ٠

٢ ــ شروط انعقاد القرار الادارى ٠

٣ ــ شروط صحة (مشروعية) القرار الادارى ٠

ثانيا : تنفيذ القرار الادارى :

١ ــ نفاذ وسريان القرار الادارى ٠

٢ ـ التنفيذ الجبرى والمباشر للقرار الادارى .

٣ ـ وقف تنفيذ القرار الادارى .

ثالثا : انقضاء القرار الادارى :

١ ـ سحب والغاء القرار الادارى من جانب الادارة .

٢ ـ الغاء القرار الادارى من جانب القضاء .

المبحث الأول

ماهية القرار الادارى

لتحديد المقصود بالقرار الادارى يتعين أولا التعريف بهذا القـــرار وعناصره توصلا لتحديد شروط انعقاد القرار ، وشروط صحته قانونا وبيان مـدى حرية الادارة فى التقدير بشأن عناصر القرار الادارى المختلفة .

المطلب الأول

التعريف بالقرار الادارى وعناصره

ازاء تجنب المشرع تعريف القرارات الادارية ، بالرغم من الاشارة اليها فى العديد من المواد الدستورية والتشريعية (١) ، بمناسبة تقرير سلطـــة الادارة فى اصدارها بصدد الكثير من المسائل والاختصاصات، أو بمناسبة تقريـر الرقابة القضائية عليها من جانب القضاء بمختلف جهاته ، فقد تصدى الفقـــه والقضاء لمسألة تحديد القرار الادارى وتعريفه .

وقد استقر القضاء الادارى لفترة طويلة على تعريف القرار الادارى بأنه " افصاح الادارة فى الشكل الذى يتطلبه القانون ، عن ارادتها الملزمة، بمـا لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد احداث اثر قانونى معيـن ، متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا . وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة" (٢)

---

(١) مثال ذلك المواد ٦٨ ، ١٤٤ ، ١٤٦ ، ١٥٦ من الدستور الحالـى والمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالى.

(٢) على سبيل المثال راجع المحكمة الادارية العليا فى ٢/ ١٩٦٧/٩ قضية ٦٧٤ لسنة ١٢ ق . المجموعة السنة ١٢ ص ١٢٣٦ — وفـــى ١٩٧٩/١/٢٧ قضية ٤٣٢ لسنة ٢٣ ق . مجموعة ١٥ سنـــة ص ٧٥ بند ١٠ — وفى ١٩٨٤/١٢/٩ قضية ٦٧٥ لسنة ٢٨ ق .

غير أن هذا التعريف تعرض بحق للانتقاد ، على أساس أنه لم يقتصر على تحديد المقصود بالقرار الادارى وذلك ببيان أركانه تحسب وهى التى مـــن شأنها انعقاد القرار الادارى ، وانما تعدى ذلك الى بيان شروط صحتـــــه أو بالاحرى مشروعيته ، فى حين أن هذه الشروط يجب أن تخرج عن ماهيـــة القرار فى ذاته . فالقرار الادارى ينعقد ويكتمل وجوده باكتمال اركانه الاساسيــة بغض النظر عما قد يشوبه من عيوب تجعله قابلا للالغاء . والطعن بالالغــاء ضد القرار الادارى يفترض أولا وجود هذا القرار حتى يمكن قبول الطعن ضـــده بالالغاء لعدم مشروعيته، ولذلك فان التعريف المتقدم هو تعريف للقرار الادارى الصحيح والمثالى وما يجب أن يكون عليه ، ولكنه لايحقق المقصود منه فى صـــدد تحديد الاختصاص بنظر دعوى الالغاء.(٣)

وبالرغم من اتفاق كثير من الفقهاء على ضرورة الفصل بين أركان القـــرار وشروط صحته، وقصر تعريف القرار الادارى على ذكر الأركان دون شروط الصحة، الا أن الخلاف احتدم بينهم فى تحديد ما يدخل فى عداد أركان القـــرار الادارى وما لا يدخل فيها من عناصر القرار الادارى الأخرى .

والواقع أننا من خلال التعريف المستقر للقضاء الادارى، يمكننا تحديـــد أركان وعناصر القرار الادارى، مع ملاحظة أنّ هذا التعريف قد أغفل الاشـــارة الى عنصر السبب، بأنها ما يلى :

١ ـ الارادة ، وهى ما أشار اليه التعريف بأنها " افصاح الادارة عـــن ارادتها الملزمة ... بقصد احداث اثر قانونى معين " .

---

(٣) راجع الاستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الادارى فى ظل الاتجاهات الحديثة ـ ١٩٧٨ ـ ص ٦٥٨ ـ راجع أيضـــا الاستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: القانون الادارى ـ الطبعـــة الثالثة ـ ١٩٩٠ ـ ص ٧٠٠ ومقالة الدكتور محمد اسماعيل علـــم الدين : تطوير فكرة القرار الادارى ـ مجلة العلوم الاداريـــة ـ السنة العاشرة العدد الثانى ـ اغسطس ١٩٦٨ ـ ص ١٣٧ومابعدها وخاصة ١٥٦ـ١٦٢ .

٢ ـ الشكل ، حيث يشير اليه التعريف بقوله" فى الشكل الذى يتطلبه القانون " .

٣ ـ الاختصاص، وهو العنصر الذى يستفاد مما ورد فى التعريف من القول " بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح" .

٤ ـ المحل ، وهو مضمون الاثر القانونى" متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا " ، وهو الشرط الذى ورد فى التعريف بصدد هذا المضمون .

٥ ـ الغاية، وهو العنصر الذى أشار اليه التعريف بقوله" وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة" ، أى أن الغاية من كل قرار ادارى هو تحقيق المصلحة العامة .

٦ ـ السبب ، وهوعنصر لم يشر اليه التعريف صراحة رغم ما ورد فيه من اصطلاح" وكان الباعث عليه" . اذ أن السبب والباعث والدافع اصطلاحات متقاربة تتصل بعنصر وان كان لايظهر فى القرار الادارى ذاته، الا أنه باتفاق الفقه الحديث، عنصر موجود ويسبق اصدار القرار وجوده، ويمثل المحرك الدافع لاصدار القرار ووجوده، حيث لايعقل أن يصدر القرار بلا سبب يدفع اليه حتى ولو تمثل ذلك فى مجرد الهوى ورغبة رجل الادارة فى اصدار القرار الادارى ، ومن هنا لا يصح القول الشائع بانعدام السبب او الاسباب فى بعض الحالات ، وان صح القول بعدم مشروعية السبب أو الاسباب التى يقوم عليها القرار الادارى .

وتصدق هذه الملاحظة الأخيرة بصدد كافة العناصر الأخرى فلا يصح القول بانعدام اى منها، فكل قرار ادارى هو تعبير عن ارادة معينة، ويصدر عن شخص أو جهة ما يفترض أنها المختصة باصداره، ويقوم على وقائع محددة (السبب) تدفع الى اصداره ، ويترتب عليه آثار معينة تمثل محل أو موضوع القرار . ويتحقق من اصدار القرار هدف او أهداف محددة، كما أن القرار يتخذ مظهر خارجى معين هو شكله، فلا يخلو قرار من شكل خاص ولو كان أبسط

الاشكال مثل القرار الذى يصدر شفاهة، فهذا المظهر الخارجى يوفر للقرار شكلــه المحدد . ولكن يبقى التساؤل حول اى من هذه العناصر يعد من أركان القرار الادارى وأى منها يعد من عناصره المتصلة بشروط مشروعيته ؟

بتحليل هذه العناصر نرى أن من بين هذه العناصر تبرز " الارادة " كركن لا غنى عنه لوجود القرار الادارى وانعقاده ، وهو ركن لايختلف من قــرار لآخر ويشترط فيه أن تكون الارادة للادارة وان تكون ملزمة وأن يكون القصــد منها احداث أثر قانوني معين ، أما بقية العناصر فانها قد تختلف من قــرار لآخر وذلك بحسب ما قد يفرضه القانون بشأنها من شروط ، تعد اذا تحققــت من شروط صحة أو مشروعية القرار وليست من شروط وجوده أو انعقاده .

فبالنسبة لعنصر الشكل ، فانه لايتقيد الا اذا تدخل المشرع واستلزم لاصدار القرار شكل معين أو اجراءات محددة ،اذ تغدو هذه القيود من شــروط صحة القرار ومشروعيته ولا علاقة لها بوجوده أو انعقاده ، بحيث أنه فى حالة عــدم تدخل القانون فى هذا الشأن، فان كل ما يحمل معنى اتجاه ارادة الادارة الــى احداث أثر قانوني، انما ينطوى على قرار ادارى .

وبالنسبة لعنصر الاختصاص، فانه يكفى فى الاصل أن يعد كل تعبيــر عن ارادة الادارة ممن يملك التعبير عنها من القرارات الادارية، غير أنه لضخامــة الجهاز الادارى واتساع أوجه نشاطها واختصاصاتها، فان المشرع يتدخل لتوزيــع صلاحية التعبير عن ارادة الادارة بين مختلف الأجهزة الادارية وموظفيها بحســب طبيعة النشاط او الاختصاص، وعليه يولد القرار الادارى وينعقد اذا كان تعبيــرا عن ارادة الادارة ، ولكنه لا يكون مشروعا الا اذا صدر هذا التعبير من الجهــة المختصة بذلك قانونا . وبالتالى تكون النصوص المحددة للاختصاص فى هذا الصدد بمثابة شروط لمشروعية القرار وصحته قانونا .

أما عن عنصر السبب فهو بدوره ليس من أركان القرار الادارى، مــع التسليم بحتمية توافر العنصر بصدد كل قرار، اذ أنه على فرض انعدام الاسباب ـ

وهو فرض غير صحيح ـ فان القرار ينعدم بدوره ، ولكن الحاصل أن المشرع قد يتدخل ليحدد بصدد بعض القرارات ، الوقائع أو الأسباب التى يمكن الاستناد اليها لاصدار مثل هذه القرارات ، ومن ثم تعد هذه الاسباب من شروط صحة أو مشروعية القرار ، ولا علاقة لها أيضا بوجود القرار أو انعقاده .

وكذلك الأمر بصدد عنصر المحل أى مضمون الاثر القانونى الذى ينتج عنه حالا ومباشرة ، حيث قد يرى المشرع أن يفرض على الادارة فى شأن بعض الاختصاصات اثر قانونى محدد يتعين عليها تحقيقه أو الامتناع عن تحقيقه ، أو المفاضلة بين عدة آثار قانونية يمكن للادارة الاختيار من بينها دون غيرها . ففى كل هذه الحالات تعد هذه القيود من شروط مشروعية القرار الادارى وصحته قانونا ، وهو ما يشير اليه القضاء باشتراط أن يكون الاثر القانونى المترتب على القرار " ممكنا وجائزا قانونا " وليس لذلك علاقة بانعقاد القرار الادارى ووجوده .

وأخيرا فانه بالنسبة الى عنصر الهدف من القرار الادارى ، فهو وان كان دوما تحقيق المصلحة العامة ، وهى المبرر الحقيقى لمنح الادارة سلطة اتخاذ قرارات ادارية ملزمة ، الا أن المشرع قد يرى تخصيص أهداف محددة بصدد بعض القرارات المتصلة بنشاط معين مثلا ، بحيث أن عدم الالتزام بهذه الاهداف المحددة ، يعنى أن القرار قد خالف القانون لخروجه على أحد شروط مشروعيته ، وهوالأمر الذى يتحقق كذلك اذا وقع انحراف بالهدف المبتغى من القرار الادارىعن المصلحة العامة ، اذ يعد القرار الادارى فى هذه الحالة غير مشروع ، دون أن يؤثر ذلك على وجوده وانعقاده .

وهكذا يمكن القول بأن ركن "الارادة" هو الركن الوحيد للقرار الادارى ، وأن عناصر الشكل والاختصاص والمحل والسبب والغاية لا تتصل بانعقاد القرار الادارى ووجوده ، وانما بمشروعية هذا القرار ، وصحته قانونا ، بحيث انه اذا تدخل القانون بمعناه الواسع ، وفرض بعض الشروط بصدد عنصر أو أكثر منها ، غدت هذه الشروط من شروط مشروعية القرار الادارى التى تؤدى مخالفتها الى بطلانه وقابليته للالغاء . أما اذا لم يتدخل القانون بشأن عناصر القرار او بعضها ، فالقاعدة أن للادارة حرية التقدير بصدد العناصر التى تخلى

القانون عن تقييدها بأى شرط أو قيد .

وعليه فان السلطة التقديرية للادارة فى صدد القرارات الادارية لا تتصل بأى حال من الاحوال بركن الارادة فى القرار الادارى ، وانما يقتصر مجالها على عناصر القرار الادارى الأخرى المتصلة بشروط صحة أو مشروعية القرار .

وبالرغم مما يبدو من خلاف ظاهر حول تحديد اركان القرار الادارى ، الا ان الفقه الحديث يكاد فى تقديرنا يجمع على تعريف القرار الادارى بركن الارادة فحسب، وعلى سبيل المثال يعرفه البعض بأنه " عمل قانونى تصدره الادارة ، بارادتها المنفردة بقصد احداث تعديل فى المراكز القانونية القائمة، أما فى الحقوق او الالتزامات" (٤) ، ويرى آخرون انه يكفى تعريف القرار الادارى فى هذا المجال بأنه" تعبير الادارة عن ارادتها المنفردة والملزمة بقصد احداث اثر قانونى نهائى (٥) أو أن القرار الادارى " هو افصاح عن ارادة منفردة يصدر عن سلطة ادارية ويرتب آثارا قانونية" (٦) .

بل والملاحظ أن القضاء الادارى ذاته يتجه حديثا الى نفس الاتجاه ، فترى المحكمة الادارية العليا أنه" لايشترط فى القرار الادارى كأصل عام أن

---

(٤) الاستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: القضاء الإدارى سالف الاشارة، ص ٤٩٢ .

(٥) الاستاذ الدكتور محمود عاطف البنا : الوسيط فى القضاء الادارى ـ ١٩٨٨ ـ ص ٤١ .

(٦) الاستاذ الدكتور ماجد الحلو : القضاء الادارى ١٩٨٥ ـ ص ٢٧١ . وراجع كذلك الاستاذ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: القضاء الادارى ـ ١٩٩٠ ـ ص ٢٣ وهو يرى أن القرار الادارى هو" عمل قانونى يصدر بالارادة المنفردة للادارة" وأيضا الاستاذ الدكتور عبد الغنى بسيونى: ولاية القضاء الادارى ـ قضاء الالغاء ـ ١٩٨٣ ص ٤٣ ـ والدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: نشاط الادارة ووسائلها ـ ١٩٨٥ ـ ص ٧٤ .

يصدر فى صيغة معينة أو بشكل معين . بل ينطبق هذا الوصف ويجرى حكمـــة كلما افصحت الادارة أثناء قيامها بوظائفها عن ارادتها بقصد احداث أثر قانونى" (٧)

وعليه فاننا نرى أنه يمكن تعريف القرار الادارى من خلال تحديد ركن الارادة فيه بأنه" تعبير عن الارادة المنفردة لسلطة ادارية بقصد احداث أثـــر قانونى معين" . (٨)

المطلب الثانى
شروط انعقاد القرار الادارى

اشرنا قبلا الى أن القرار الادارى يولد بمجرد توافر ركن الارادة فيه وهو مايعنى أن وجود القرار الادارى او انعدامه انما يدور حول توافر النيـــــة والارادة فى هذا القرار بغض النظر عن صحته أو مشروعيته ، فاذا ولد القـــرار مستوفيا ركن الارادة تحقق وجوده وان كان قابلا للالغاء اذا ثبت عدم توافر كافة شروط صحته قانونا ، أما اذا لم يستوف" القرار" ركن الارادة فيه فانه يكون منعدما أى أنه لم يولد أصلا حتى وان كانت كافة عناصره الأخرى تبدو صحيحة ومتفقة مـع القانون .

---

(٧) راجع حكمها فى ١٩٨٢/٣/٦ قضية ١٤٧٥ لسنة٢٦ ق المجموعـــة السنة ٢٧ ص ٣٦٩، وكذلك فى ١٩٧١/١٢/٤ قضية ١٧٣ لسنة ١٥ ق ، المجموعة السنة ١٧ رقم ١١ ص ٥٧ــ راجع ايضا حكم قديم لمحكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٠/٤/٢٥ قضية ٢٧١ لسنة ٣ق ، المجموعة السنة ٤ ص ٦٥٣ ، وفيه قضت المحكمة بأن" القرار الادارى يتم بمجرد افصاح الادارة اثناء قيامها بوظائفها عن ارادتها الملزمة بقصد احداث أثر قانونى" . راجع فى هذا المعنى أيضا حكمها فى ٥٥/٨/٣ قضية ٥٧٧ لسنة ٨ ق . المجموعة السنة ١٠ ص ٢٠ .

(٨) من هذا الرأى الاستاد الدكتور طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية سالــف الاشارة ــ ص ٢١٨ .

ولذلك فان القرار الادارى يقوم بمجرد التعبير أو الافصاح عن ارادة السلطة الادارية ونيتها فى احداث أثر قانونى معين ، أيا كان أسلوب التعبير عن هذه الارادة ، وسواء التزمت الادارة بما فرضه القانون من شروط لمشروعية القرار الادارى محور هذه الارادة أم لم تلتزم .

وعلى ذلك يشترط لانعقاد القرار الادارى توافر الارادة بالشروط الاتية :

أولا : أن يكون هناك تعبيرا عن ارادة منفردة للادارة :

تشير المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالى فى فقرتها الخامسة الى القرارات الادارية التيمكن الطعن فيها بالالغاء بأنها " القرارات الادارية النهائية ... ويعتبر فى حكم القرارات الادارية رفض السلطات الادارية او امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح " .

وبذلك يكون القرار الادارى بحكم تعريفه من التصرفات العمدية ، سواء تمثل القرار فى التعبير الايجابى ، صراحة أو ضمنا ، عن ارادة الادارة الملزمة بعمل شئ أو الامتناع عن عمله ، أم تمثل فى التعبير السلبى فى صورة رفض الادارة اوامتناعها عن اتخاذ القرار الادارى ، وهو ما يطلق عليه " القرار السلبى " ، مما يدفع المشرع الى اعتبار ان هناك قرارا مفترضا سواء بالرفض أو الموافقة على مضمون القرار (٩) ، بمعنى أن افصاح الادارة عن ارادتها الصريحة يتجلى فى " الامتناع عن اصدار قرار كان يتعين على الادارة اصداره " .

ومقتضى ما تقدم أن الشرط الاول من شروط ركن الارادة ، وهو أن يكون هناك تعبيرا أو افصاحا عن ارادة منفردة للادارة ، لا يستلزم ان يكون

---

(٩) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧١/٣/٢٨ قضية ١٢٧١ لسنة ١٣ ق وحكمها فى ١٩٨٤/٦/٢٣ قضية ٧٩٠ لسنة ٢٢ ق .

التعبير ايجابيا ، وانما قد يكون كذلك سلبيا . ففى كل الأحوال هناك افصاح عن الارادة المنفردة للارادة ، تتوافر فيه صفة العمد، حيث أن انتفاء هذه الصفة عن التصرف ينفى عنه طبيعة القرار الادارى. (١٠)

ويلزم ملاحظة أن مناط وجود القرار الادارى السلبى هو ــ حسب ما ورد فى نص المادة العاشرة ــ ان تكون الادارة ملزمة قانونا باتخاذ اجراء معين ولكنها مع ذلك تمتنع عن اتخاذه، وبالتالى" فاذا لم تكن الادارة ملزمة بشىء طبقا للقوانين واللوائح ، فان سكوتها عن اتخاذ الاجراء الذى يطالبها به صاحب الشأن، لا ينشىء قرارا اداريا بالرفض مهما طال هذا السكوت، ومن ثم فلا يكون الطعن بالالغاء فى مثل هذا التصرف السلبى الا محاولة من المدعى الى احلال القضاء محل الادارة فى ممارسة اختصاصاتها مما يتعين رفضه" (١١)

ويستفاد من ذلك أن القضاء قد استقر على أنه اذا كان القرار الادارى ليس من الواجب قانونا على الادارة اتخاذه وكان متروكا لمحض تقديرها فان سكوت الجهة الادارية عن اتخاذ مثل هذا القرار لا يشكل الامتناع المقصود من نص المادة العاشرة المشار اليها، ولايكون ثمة قرار ادارى يمكن الطعن فيه، ولايمكن نسبة صدور قرار سلبى بالامتناع الى الجهة الادارية المختصة .

---

(١٠) الاستاذ الدكتور مصطفى ابو زيد فهمى: القضاء الادارى سالف الاشارة ــ ص ٤٩٣ .

(١١) محكمة القضاء الادارى فى ١٩٦٥/٢/٩ قضية ٦٥٩ لسنة ١٦ ق . مجموعة الخمس سنوات ص ٤٩٢ ، وفى ١٩٦٥/٦/١٥ قضية ٢٤ السنة ١٩ ق ، نفس المجموعة ص ٥٧٢ ، والمحكمة الادارية العليا فى ١٩٨٥/٥/٤ قضية ٢٢٢ لسنة ٢٨ق ، المجموعة السنة ٣٠ ص ١٠١٧ ــ وفى ١٩٨٢/١١/٢٨ قضية ٥٧٧ لسنة ٢٥ق ــ المجموعة السنة ٢٨ ص ٢١٠ ، وفى ١٩٨٥/٥/٤ قضية ٢٢٢ لسنة ٢٨ق ــ المجموعة السنة ٣٠ ص ١٠١٧ ــ وفى ١٩٨٨/٦/١٤ قضية ١٨٦ لسنة ٣٣ق .

وينتقد بحق جانب من الفقه اعتماد هذا القضاء على ظاهر النص فقط ، لانه " لا يتفق مع المبادىء العامة فى قضاء الالغاء ، ولا يتفق مع النية الحقيقية للمشرع ٠٠٠ ولا يمكن ولا يتصور أن يكون المشرع أراد أن يجعل ولاية الالغاء بالنسبة للقرارات الضمنية (السلبية) مقصورة على المجالات التى تتصرف الادارة فيها بسلطة مقيدة دون تلك التى تتصرف فيها بسلطة تقديرية ، فرقابة المجلس توجد فى الحالة الأخيرة أيضا ، ومهما اتسع مجال السلطة التقديرية للادارة . فان هناك مجالا لرقابة المجلس تنصب على وجود أو عدم وجود عيب الانحراف بالسلطة " ٠ (١٢)

والواقع أن المشكلة ليست مشكلة نطاق ولاية الالغاء ، اذ يتحدد هذا النطاق فى مجال القرار الادارى ، ومن ثم تكون المشكلة هى: هل يعد امتناع الادارة عن اصدار القرار فى المجالات التى تتصرف فيها بسلطة تقديرية ، من القرارات السلبية أم لا ؟ ٠ وفى تقديرنا أن الاجابة حتما هى نعم ، لأن مثل هذا الامتناع يعد تعبيرا عن الارادة مثل الامتناع عن تعيين أحد الاشخاص فى وظيفة ما أو الامتناع عن الافراج عن أحد المعتقلين او الامتناع عن رفع اسم أحد الممنوعين من السفر من قائمتهم ٠ أما كون هذا الامتناع يستند الى أساس قانونى أم لا . فهو بحث موضوعى فى مشروعية القرار ولا علاقة له بوجود أو عدم وجود هذا القرار ٠

---

(١٢) الاستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: المرجع السابق ص ٤٨٥ — كذلك الاستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق ص ١٥٥ ، ويبدو أن المحكمة الادارية العليا قد فضلت السير فى هذا الطريق السهل فى تقديرها بدلا من فحص موضوع الدعوى لتبين مدى ممارسة الادارة لسلطتها التقديرية ، اعتقادا منها بأن النتيجة واحدة حيث أن رفض الادارة الصريح فى هذه الحالة يعتبر قرارا مشروعا استنادا الى السلطة التقديرية ، وهو أمر غير صحيح فى كل الاحوال ، لأن الرفض يكون فى بعض الحالات أمر غير مشروع ، وقد يرتب على الاقل مسئولية الادارة ٠

وعموما فالقرار الادارى، سواء كان من القرارات الايجابية أم السلبية، هو تصرف تتجه اليه الارادةالمنفردة للسلطة الادارية، فهو تعبير عن ارادتها وحدها بغض النظر عن ارادات غيرها ممن يمسهم القرار الادارى، أو ممن شاركوا في تكوين هذا القرار قبل اصداره، ويلعب هذا الشرط دورا رئيسيا في التمييز بين القرار الادارى والعقد الادارى واستبعاد العقود الادارية من نطاق دعوى الالغاء، وذلك مع ملاحظة أن هذه الدعوى تكون جائزة ضد القرارات التى تسبق العقد وتعمل على ابرامه او تكون معاصرة لابرام العقد مثل القرار برفض ابرامه . بناء على نظرية القرارات الادارية القابلة للانفصال ، أي تلك التى لا تستند الى العقد ذاته ويمكن فصلها عنه في ظل عملية مركبة .

والتعبير عن الارادة المنفردة لايعنى حتما صدور القرار الادارى وفقا لارادة شخص واحد، ولذلك يلزم ملاحظة مايلي :

١ ـ أن اشتراك عدة أفراد أو جهات ادارية فى اصدار القرار الادارى، لا يعنى صدوره عن أكثر من ارادة، فالعبرة ليست بعدد أعضاء السلطة الادارية الذين يصدر عنهم القرار، وانما العبرة بالارادة التى يمثلونها معا، اذ أنهم يمثلون جميعا ارادة واحدة هى ارادة السلطة الادارية فى مواجهة المخاطبين بأحكام هذا القرار، وهى ارادة ملزمة لهم ولا يتوقف على قبولهم لاحكامه.

٢ ـ اذا تطلب القانون اشتراك ارادة من تتجه اليه أحكام القرار الادارى قبل اصداره، كما لو استلزم القانون " تقديم طلب" للحصول على رخصة قيادة أو جنسية الدولة مثلا ، فان ذلك لا يعنى" اتفاق ارادتين " سواء كان قرار الادارة بالموافقة أم بالرفض، اذ يعد هذا " الطلب" من قبيل الوقائع التى تدفع الادارة لإتخاذ قرارها فى صدده تعبيرا عن ارادتها المنفردة وبغض النظر عن ارادة من تقدم بالطلب ، ومن ثم يدخل الطلب فى عنصر السبب فى القرار الادارى الصادر بشأنه.

٣ ـ اذا اشترط القانون " موافقة" من شمله القرار الادارى بآثاره،

كما هو الحال فى صدد التعيين بالوظائف العامة مثلا ، حيث يستلزم القانون الموافقة على قرار التعيين على خلاف قرار التكليف أو التجنيد ، فان هذه الموافقة لا تعنى بدورها اتفاق ارادتى من تم تعيينه والجهة الادارية التى عينته . اذ لا تتعدى هذه الموافقة على القرار بعد صدوره كونها شرطا لسريان قرار التعيين الذى يعد نافذا منذ صدوره ولكن سريانه معلق على موافقة من صدر القرار بتعيينه واستلامه للعمل ، ويظل قرار التعيين بالرغم من شرط الموافقة عمل قانونى من جانب الادارة وحدها (١٣) .

وقد تدق التفرقة أحيانا فى تكييف موافقة الطرف الآخر على التصرف ، فاذا تشكك القضاء فى النظام القانونى للتصرف ، وتبين له أن موافقة الطرف الآخر من الشروط الجوهرية لقيام التصرف ، كان له أن يعتبره من قبيل العقود الادارية دون تقيد بظاهر الالفاظ ، وهو ما يقع كثيرا بصدد التراخيص الصادرة عن الادارة ، اذ منها ما يعد من القرارات الادارية ، ومنها ما يأخذ طابع العقد الادارى (١٤) .

ثانيا : أن يكون القرار تعبيرا عن ارادة سلطة ادارية :

يشترط فى القرار الادارى أن يكون تعبيرا عن ارادة سلطة ادارية ، ومن شأن هذا الشرط استبعاد كافة التصرفات الصادرة عن غير السلطة الادارية ، حتى ولو سميت باصطلاح " القرار " ، بل وكذلك استبعاد كافة تصرفات السلطة

---

(١٣) المحكمة الادارية العليا فى ١٢/١٢/١٩٥٩ قضية ٧٠٩ لسنة ٤ق المجموعة السنة ٥ رقم ١٣ ص ٩٤ .

(١٤) المحكمة الادارية العليا فى ٢٦/١١/١٩٦٦ قضية ١٣٦٢ لسنة ١٠ق المجموعة السنة ١٢ رقم ٢٧ ص ٢٨٢ ـ وفى ١٢/٤/١٩٦٩ قضية ١١٤٦ لسنة ١٠ ق . المجموعة السنة ١٤ رقم ٧٥ ص ٥٦٩ .

التنفيذية " غير الادارية" . حيث أننا لا نقصد باصطلاح السلطة الادارية في هذا المجال معناها العضوى فحسب ، بل يشترط أيضا أن يعبر القرار عن ارادة تتصل بالسلطة الادارية بمعناها الموضوعى كذلك .

أ ــ من الناحية العضوية :

يشترط صدور القرار الادارى عن السلطة التنفيذية بوصفها احدى السلطات العامة الدستورية فى الدولة ، وهو ما يعنى استبعاد كل ما لا يتصل بالسلطة التنفيذية عضويا أو شكليا من مجال الادارة .

والسلطة التنفيذية أو الادارية فى مصر تتكون ــ وفقا للدستور الحالى فيها ــ من :

١ ــ رئيس الجمهورية وهو يتولى وفقا للمادة ١٣٧ من الدستور السلطة التنفيذية ، ويمارسها على الوجه المبين فى الدستور .

٢ــ الحكومة وهى وفقا للمادة ١٥٣ من الدستور " الهيئة التنفيذية والادارية العليا للدولة وتتكون من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ، ويشرف رئيس مجلس الوزراء على أعمال الحكومة" ، ويختص مجلس الوزراء طبقا للمادة ١٥٦ من الدستور بالعديد من الاختصاصات ومنها : جـ ــ اصدار القرارات الادارية والتنفيذية وفقا للقوانين والقرارات ومراقبة تنفيذها .

٣ــ كافة التنظيمات والأجهزة الادارية المرتبطة بالحكومة وسواء كانت سلطات ادارية مركزية ام سلطات لا مركزية ، اقليمية كانت كالمحافظات أوالمدن او القرى أم مرفقية كالهيئات العامة والنقابات ، فهى جميعها أشخاص ادارية وتتمتع بسلطات من القانون العام .

وعليه يشترط فى القرارات الادارية صدورها عن سلطة ادارية تندرج ضمن هذه التنظيمات ، وبالتالى يخرج من نطاق هذه القرارات تصرفات الافراد العاديين ، وقرارات السلطات العامة الأخرى خلاف السلطة التنفيذية .

أى أعمال السلطتين التشريعية والقضائية، وقرارات الجهات الادارية غيـــــر الوطنية أى السلطات الاجنبية، وقرارات التنظيمات الشعبية والاحـــــزاب السياسية والاشخاص المعنوية الخاصة، فهذه الأعمال ولو اتخذت شكل القرارات تخرج عن مدلول " العمل الادارى" ومن ثم " القرارات الادارية" .

بيد أنه لما كانت السلطة الادارية تتطابق عضويا مع السلطة التنفيذية، وكانت هذه الأخيرة تباشر الى جانب الوظيفة الادارية وظائف وأعمال أخــــرى لا علاقة لها بالادارة ، فانه يشترط فى القرارات الادارية أن تكون صـــــادرة استنادا الى " سلطة ادارية" موضوعيا ،ولهذا الاصطلاح الموضوعى شقين : فيلـــزم أولا أن يصدر القرار الادارى باعتباره ممارسة لسلطة عامة لان سلطة اصـــــدار القرارات الادارية ما هى فى الواقع الا مظهر من مظاهر السلطة العامة وممارســـة لها ، وذلك لأن سلطة القرار بالارادة المنفردة الممنوحة للادارة تنشىء علاقة غيـــر متوازنة بين الادارة صانعة القرار وبين الموجه اليه هذا القرار ، ولكى تكون هـــذه العلاقة مشروعة ، فانه يجب أن يكون القرار صادرا ممن يملك اصداره بوصفه سلطة عامة ، فاذا لم تظهر الادارة كذلك، فان ماتصدره تعبيرا عن ارادتها لايندرج فـــى نطاق القرارات الادارية، كما أن التصرفات الخاصة لأعضاء الادارة لاتدخل فى دائرة القرارات الادارية بطبيعة الحال .

والشق الثانى يستلزم أن يكون القرار الادارى تعبيرا عن سلطـــــة "ادارية " أى أن يتصل القرار بالوظيفة الادارية للسلطة التنفيذية، فالمعلـــوم أن السلطة التنفيذية تتولى فى معظم الدول وظيفتين أولاهما الوظيفة الاداريـــة والتى تتصل ـ على نحو ما سبق بيانه ـ بتنفيذ القوانين وحماية النظام العـــام واشباع الحاجات العامة، وثانيتهما الوظيفة الحكومية والتى ترتبط اما بعلاقـــة السلطة التنفيذية بغيرها من السلطات العامة كالسلطة التشريعية باعتبارهمـــا سلطتين متساويتين لا تستطيع ان تفرض احداهما ارادتها المنفردة على الأخرى ، ما لم ينص الدستور على خلاف ذلك ، واما بعلاقة السلطة التنفيذية بالخارج أى بالدول الاخرى والمنظمات الدولية سواء فى وقت السلم أو الحرب، حيث تظهـــر السلطة التنفيذية فى هذه العلاقات بوصفها السلطة الممثلة للدولة ككل ، وليـــس بوصفها سلطة تنفيذية فحسب ، وعليه تخرج الأعمال الصادرة عن السلطـــــة

التنفيذية بصدد ممارستها للوظيفة الحكومية من نطاق الأعمال الادارية، اذ تعد في هذه الحالة من " أعمال الحكومة" وذلك على نحو ما سبق دراسته.

والخلاصة أن القرارات الادارية هي تعبير عن ارادة سلطة ادارية ومن ثم يلزم صدورها من السلطة التنفيذية دون غيرها، وأن تتعلق بالنشاط الادارى للسلطة التنفيذية دون غيره .

ثالثا : أن يكون القرار تعبيرا عن الارادة الملزمة للادارة بأثر قانونى محدد :

ومقتضى هذا الشرط أنه يتعين في القرار الادارى ان يكون من شأنه الزام المخاطبين بأحكامه بأثر قانونى معين ، فالقرار الادارى بطبيعته من الاعمال القانونية وهو ما يعنى أن من شأن هذا العمل احداث أثر قانونى، فان لم يكن للعمل اثر قانونى ما فانه يدخل فى نطاق الاعمال المادية وليس الاعمال القانونية، حتى ولو كان العمل المادى جزء من عملية ادارية تشمل أيضا بعض الاعمال القانونية ، ومن ثم تخرج من دائرة القرارات الادارية التصرفات التى يقصد بها اعلان وجهة نظر الادارة فى صورة آراء أو ادعاءات أو مزايا او مقاصد او رغبات أو توجيهات أو وعود فمثل هذه التصرفات ليس لها آثار قانونية وبالتالى فهى غير ملزمة، وذلك على نحو ما سنوضحه لاحقا عند دراسة الاعمال المادية للادارة .

والاثر القانونى للقرار الادارى يتحقق بمجرد صدور القرار ولذلك يتجه القضاء الادارى فى بعض احكامه الى وصف القرار الادارى بأنه قرار نهائى، بمعنى أن ارادة الادارة فى احداث الاثر القانونى لا تحتاج الى تصديق جهة أخرى تعلو الجهة الادارية المختصةباصدار القرار ، والواقع أن القرار الادارى لايحتاج الى وصفه بالنهائية، ذلك لأن القرار الادارى لا يقوم ولا يتحقق ما لم يولد بذاته آثار قانونية دون توقف على أية ارادة أخرى والا كان على الاكثر من الاجراءات التمهيدية التى تسبق اصدار القرار واتخاذه من جانب كافة السلطات المشتركة فى اصدار هذا القرار .

وأخيرا . فان الأثر القانوني للقرار الاداري يتمثل في انشاء مركز قانوني معين أو تعديل أو الغاء مركز قانوني قائم. واصطلاح "احداث أثر قانوني" يشمل كافة هذه الحالات ولا يقتصر على حالة" انشاء المركز القانوني" . كما أنه في كافة الأحوال فان التأثير على المراكز القانونية بالتعديل أو بالالغاء سيؤدي حتما الى احداث مركز قانوني جديد .

والخلاصة أنه لايشترط لانعقاد القرار الاداري سوى توافر ركن الارادة فيه وذلك بالشروط التالية :

الأول : ان يكون القرار الاداري تعبيرا عن ارادة منفردة للادارة .

الثاني : أن يكون القرار الاداري تعبيرا عن ارادة سلطة ادارية بالمعنيين العضوي والموضوعي .

الثالث : أن يكون القرار الاداري تعبيرا عن الارادة الملزمة في احداث اثر قانوني معين .

المطلب الثالث
شروط صحة ومشروعية القرار الاداري

اذا كان تخلف ركن الارادة في القرار الاداري بشروطه سالفة الذكر من شأنه القول بانعدام القرار الاداري ومن ثم يفقد هذا القرار طبيعته القانونية ويتحول الى مجرد عمل مادي منعدم الاثر قانونا فلا يكون قابلا للتنفيذ المباشر ، باعتباره مجرد عقبة مادية لا تحول دون ممارسة ذوى الشأن لمقتضيات مراكزهم القانونية المشروعة، فان هناك شروطا أخرى يجب أن تتوافر في القرارات الادارية لتكون صحيحة قانونا أوبالأحرى مشروعة ، ومن ثم تكون نافذة في مواجهة الأفراد . فاذا تخلفت هذه الشروط فان ذلك لا يؤثر في وجود القرار الاداري وان كانت تؤدي الى قابلية هذا القرار للبطلان نتيجة مخالفته للشروط التي يقررها القانون .

ويتولى القاضى الادارى فحص القرار الادارى للتحقق من سلامته من الناحية القانونية ، وذلك عندما ترفع أمامه دعوى الغاء هذا القرار لعدم مشروعيته . ويقتصر دور القاضى على المقابلة بين القرار المطعون فيه بالالغاء والقواعد القانونية المشروعة النافذة المتصلة به ، وصحة تطبيق القانون ، فلا يجوز له كأصل عام أن يعقب على جوانب النشاط الادارى الذى لا يخضع لقواعد قانونية تحكمه ، أى النشاط الذى تتمتع فيه الادارة بسلطة تقديرية حيث تنفرد الادارة وحدها بتقدير ملاءمة بعض جوانب هذا النشاط أو عدم ملاءمته .

وعلى ذلك فقد ظهرت ضرورة التمييز بين الاختصاص المقيد ، أو السلطة المقيدة والاختصاص التقديرى أو السلطة التقديرية ، وهى ضرورة لا تتأسس على تعارض أو تناقض بينهما ، اذ العكس هو الثابت ، حيث تأكد أن هاتين السلطتين تتكاملان عند مباشرة سلطة اتخاذ القرار الادارى .

فقد استقر الأمر على أن ممارسة السلطة التقديرية انما تتم فى اطار القانون الذى يحكم كل النشاط الادارى وداخل حدوده ، وأن السلطة سواء كانت تقديرية أم مقيدة ، ليست سوى وسيلة لوضع القانون موضعا لتنفيذ على أكمل وجه ، تبعا للظروف المختلفة .

أما عن ضرورة التمييز بين السلطتين التقديرية والمقيدة ، فانها تعود الى أن من شأن هذا التمييز تحديد شروط مشروعية العمل أو القرار الادارى على نحو دقيق ، وبالتالى تحديد مدى الرقابة القضائية على هذا العمل أو القرار ، والقيود او الشروط الخاصة بها .

وعلى ذلك فان دراسة شروط مشروعية القرار الادارى او صحته قانونا ، تستلزم أولا عرض لمسألة الاختصاص المقيد والاختصاص التقديرى للادارة ، ثم شرح جوانب التقييد او حرية تقدير الملاءمة وذلك بصدد عناصر القرار الادارى المختلفة وأثر ذلك على مدى الرقابة القضائية على مشروعيته . (١٥)

---

(١٥) راجع فى تفاصيل كل ذلك مؤلفنا : قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للادارة ـ ١٩٩٢ .

الفرع الأول
التمييز بين الإختصاص المقيـــــد
والاختصاص التقديرى للادارة

السلطة التقديرية هي أمر يتصل بتطبيق القواعد القانونية، ومن ثـــم فانها ترجع بالدرجة الأولى الى موقف المشرع عند سن القواعد القانونية. فقـــد يتولى صياغتها فى صورة جامدة بحيث لا يملك أحد سلطة تقديرية فى تطبيقهـــا، وقد يصيغها فى صورة مرنة بحيث تنطبق على الحالات الخاصة وفقا للسلطـــة التقديرية لمن يتولى هذا التطبيق سواء كان قاضيا ام رجل الادارة أم أحـــد الأفراد العاديين المخاطبين بأحكامهذه القواعد القانونية .

وتطبيق السلطة الادارية للقواعد القانونية المصاغة صياغة جامدة يعنى أن اختصاصها الوارد فى هذه القواعد هو اختصاص مقيد، أما تطبيقها للقواعـــد القانونية المصاغة صياغة مرنة فانه يعنى أن الادارة تباشر فى ذلك اختصاصـــا تقديريا او سلطة تقديرية، ومن ثم يلزم فهم الاختصاص المقيد بوضوح حتى نتبيـــن المدلول الحقيقى للسلطة التقديرية .

ومن أمثلة الاختصاص المقيد والصياغة القانونية الجامدة، استخـــدام الأرقام والحساب فى صياغة القواعد القانونية المحددة لهذا الاختصاص، كما يحدث مثلا فى نطاق القانون الضريبى ، فالقواعد التى تلزم الممولين بدفع ضريبـــة محددة بنسبة معينة من صافى الدخل أو الربح ، تجعل سلطة الادارة فـــى تطبيق هذه القواعد سلطة مقيدة أو بالأحرى اختصاص مقيد لا تملـــك الادارة حياله ادنى سلطة تقديرية، اذ أن تحقيق الممول لربح أو دخل معين يحتـــم على الادارة فرض ضريبة بنسبة محددة من هذا الدخل أو الربح.

والقاعدة التىتلزم الادارة بمنح رخصة قيادة لمن بلغ سنا معينا مـــن العمر على فرض توافر كافة الشروط الاخرى ــ تعنى أن المشرع قدر أن من يبلغ هذا العمر فانه يكون قد بلغ سن النضج والادراك الكافى لقيادة المركبات، ومن ثم

لا يكون للادارة حرية فى تقدير هذا الجانب فيمن يتقدم بطلب رخصة القيادة وبلغ هذا العمر ، وكذلك الامر بصدد الاحالة الى المعاش لبلوغ السن المحدد قانونا •

ومن أمثلة الصياغة القانونية الجامدة كذلك الصياغة بطريق الحصر ، وهو ما يتحقق فى معظم القواعد الاجرائية كقواعد الاجراءات أمام القضاء الادارى ، مما ينفى احتمال السلطة التقديرية بشأنها ، حيث يتعلق الامر غالبا بمواعيد واجراءات لا يتصور بشأنها عدم التحديد الواضح الدقيق • والذى يبرر الالتجاء الى أسلوب الاختصاص المقيد هو تحقيق الاستقرار فى المعاملات، لأن المخاطبين بأحكام القواعد المنظمة لهذا الاختصاص يستطيعون العلم بكيفية تطبيقها والاثر القانونى الذى سيترتب على هذا التطبيق ، حيث أن تطبيق هذه القواعد هو تطبيق منطقى آلى، اذ لا يقوم المختص بتطبيقها بأى جهد عقلى ارادى ومن ثم لا يباشر أية سلطة تقديرية •

وتتميز القواعد المنظمة للاختصاص المقيد بسهولة التطبيق بالنسبة للموظف المختص بذلك ، وهى سهولة لازمة نظرا لتعدد الروابط الادارية وتشابكها وتزايد احتمالات المنازعة بشأنها ، فاذا حدد القانون مثلا أن كل من لديه الكفاءة الفنية والعملية التى تتصل بعمل معين ، يولى الوظيفة العامة المخصصة لهذا العمل ، لأدى ذلك الى تعطيل واعاقة الادارة وعدم تمكنها من الحصول على عمل الراغبين فى تولى الوظائف العامة الا بعد ارهاق وأبحاث دقيقة مضنية، أما مع وجود القاعدة التى تحدد صلاحية الموظف الفنية والعلمية بحصوله على شهادة دراسية متخصصة معينة ، تؤهله للعمل فى الوظيفة المخصصة له، فانه يكفى أن تتأكد الادارة من حصول المتقدم للوظيفة على هذه الشهادة لتعتبرة مؤهلا لشغل الوظيفة ما لم يثبت عكس ذلك أثناء فترة الاختبار ، ولذلك فان الصياغة الجامدة قد لا تحقق العدل فى بعض الحالات القليلة ولكنها تحقق العدل فى معظم الأحوال وتحقق الاستقرار واليسر فى كل الحالات•

ولا تملك الادارة فى حالة الاختصاص المقيد حرية الاختيار أو تقدير ملاءمة القرار فى أى من عناصره، ويقول آخر ليس للادارة حرية اختيار القرار الادارى أو اللحظة التى يجب اتخاذ القرار فيها أو الوسائل التى من شأنها بلوغ

النتائج المستهدفة منه ، فمثلا بالنسبة لقرارات الإحالة الى المعاش لبلوغ سن التقاعد المقررة قانونا ، فان حلول تاريخ ميلاد الموظف العام في هذه السن يؤدي تلقائيا الى تقاعده حتى ولو لم يصدر القرار باحالته الى المعاش ، دون ان يترتب على ذلك مد خدمته أو تمتع الادارة أو الموظف العام ذاته بحق الاختيار بين احالته أو عدم احالته الى المعاش في هذا التاريخ ،اذ أن أى اتفاق من هذا القبيل لن يؤدى الى مد خدمته • وكذلك الحال بصدد اختصاص الادارة المقيد فى حالة توقيع عقوبة الحرمان من شغل الوظائف العامة ، وتلبية طلب سحب القرارات غير المشروعة والتى لم تتحصن بعد ، وتسليم الايصال الخاص باعلان قيام احدى الشركات ، ورفض طلب مد ترخيص بالبناء انتهت مدته ، أو اثبات بطلان أحد التصاريح •

اما السلطة التقديرية للادارة فانها تعني ، تمتعها — أى الادارة — بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية ، بحيث يكون للادارة تقدير اتخاذ التصرف او الامتناع عن اتخاذه ، أو اتخاذه على نحو معين ، أو اختيار الوقت الذى تراه مناسبا للتصرف ، أو السبب الملائم له ، أو فى تحديد محله •

بيد أن ذلك لا يعنى أبدا أن السلطة التقديرية تقترب من السلطة التحكمية او التعسفية ، اذ العكس هو الصحيح ، فهى سلطة قانونية لا تخول الادارة سوى حق الاختيار بين قرارين أو مسلكين أو أكثر باعتباره الاكثر ملاءمة ، وفى كل الاحوال فان القرار الذى تختاره الادارة سيكون متفقا مع المشروعية ، بشرط ألا يكون القانون قد حظر هذا القرار بالذات ، ومن ثم لن يكون هذا الاختيار سببا من أسباب عدم مشروعية هذا القرار ، حيث أن الادارة لم تقم سوى بما سمح به لها القانون ، اذ ليس من المقبول الاعتقاد بأن السلطة التقديرية هى سلطة اختيار بين أمرين : أولهما مشروع والاخر غير مشروع وأن على الادارة ان تختار الاول منهما •

ومما يؤكد أن السلطة التقديرية هى سلطة قانونية أن القضاء الادارى يسهر كذلك على حمايتها وضمانها ، فاذا ما أنكرتها الادارة بأن اعتقدت ان سلطتها

مفيدة في هذا الشأن ، فانها بذلك تكون قد وقعت في "الخطأ في القانون" مما يجيز الطعن في تصرفها لهذا السبب .

وعليه فان مباشرة السلطة التقديرية لا تعني بأي حال من الأحوال بارتكاب مخالفة للمشروعية ، مما يشير بوضوح الى توافق السلطة التقديرية مع مبدأ المشروعية دون تناقض أو تعارض ، اذ أن السلطة التقديرية في حقيقة الامر هي وسيلة لتطبيق القانون والالتزام بمبدأ المشروعية مثلها في ذلك مثل السلطة المقيدة ، غاية الامر أن المشرع قدر أن منح قدر من حرية التصرف للادارة في موضوع ما ، هو أجدى وأنفع لتحقيق الهدف من هذا الموضوع مما لو قيدها بتوقيت أو اسلوب معين للتصرف بشأنه ، ومن ثم فانه يتخلى عن تحديد نشاط الادارة بشأن هذا الموضوع كله أو في بعض جوانبه ، تاركا للادارة حرية التصرف والتقدير بموجب خبراتها الخاصة ، سيما وأن اعتبارات تغير الظروف وتطورها المستمر ، تجعل تنظيم كل دقائق نشاط الادارة بقواعد محددة سلفا أمرا متعذرا .

وتأسيسا على ذلك ، يمكن القول بأنه كلما تخلى القانون (الذي يشمل كل القواعد القانونية التي تحكم نشاط الادارة) عن تحديد وتنظيم جانب أو عنصر من عناصر قرار الادارة أو نشاطها ، كان للادارة سلطة تقديرية في هذا الصدد ، أما حيث يتولى القانون تنظيم هذا الجانب او هذه العناصر بقواعد ملزمة، وآمرة ، فان الادارة تكون في هذه الحالة مقيدة بالالتزام بأحكام هذه القواعد ، بحيث يكون قرارها مشروعا أو غير مشروع بقدر ما يكون هذا الجانب أو هذه العناصر مطابقة لما فرضه القانون أو مخالفة لها .

وبعبارة أخرى فان السلطة التقديرية تثبت للادارة عندما لايكون مسلكها محددا أو منصوصا عليه مقدما بالقانون ، ويكون اختصاص الادارة مقيدا عندما يكون مسلكها قد تحدد سلفا بقواعد القانون ، وبالتالي فان المرجع في تمتع الادارة بسلطة التقدير هو القانون بمعناه الواسع أي بمجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط الادارة بما في ذلك المبادىء القانونية العامة التي يستنبطها القضاء بصدد ممارسة الادارة لاختصاصاتها .

غير أنه لاينبغي أن نستنتج مما سبق أن جميع السلطات أو التصرفات يمكن أن تصنف الى مجرد طائفتين : سلطات مقيدة وأخرى تقديرية ، وبالتالي قرارات مقيدة وأخرى تقديرية ، بحيث تكون كل أركان التصرف اما مقيدة أو تقديرية ، اذ أنه كما توجد القرارات التقديرية الكاملة والقرارات المقيدة بالكامل ، توجد طائفة ثالثة من القرارات ، لعلها اهمها على الاطلاق وأكثرها شيوعا ، هي تلك القرارات التي تكون في جانب منها تقديرية وفي جانبها الاخر مقيدة ، أو بالاحرى ينصب التقدير على بعض العناصر او أحدها دون البعض الاخر ، دون أن يكون هناك أي تعارض او تناقض في مثل هذه القرارات ، فالواقع ان الاختلاف بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد انما هو اختلاف في الدرجة وليس اختلافا في الجوهر أوالطبيعة ، بل انه يمكن القول بأن الاختصاص المقيد بالكامل هو أمر في غاية الندرة ، وهو الاستحالة بعينها ، وأن الاصل هو السماح للادارة بقدر من حرية التقدير يختلف ضيقا أو اتساعا بحسب الظروف والاعتبارات التي يقدرها القانون ، بينما الاختصاص المقيد هو الاستثناء ، ولذلك فان كل عمل اداري انمايحتوي في الواقع على قدر من السلطة التقديرية والاختصاص المقيد معا ، وقد تصل السلطة التقديرية احيانا في اطلاقها الى حد بعيد ، وقد تتضاءل أحيانا اخرى لحد شديد بحيث تطغى عليها فكرة الاختصاص المقيد ، ولكن يتعذر القول بوجود عمل يحتوي على سلطة تقديرية مطلقة أو اختصاص مقيد خالص .

والخلاصة أن السلطة التقديرية هي حقيقة واقعة وهي أمر تستلزمه مقتضيات النشاط الاداري ، لانه اذا كان من شأن السلطة المقيدة تحقيق أكبر ضمان لحرية الافراد وحمايتهم من تعسف الادارة وعنتها ، الا أن الاسراف في التقييد يترتب عليه أوخم العواقب ، اذ يؤدي الى شل حركة الادارة والقضاء على روح الابتداع والابتكار فيها ، وذلك في وقت تواجه فيه الادارة اليوم حركة تحول أساسية ومستمرة شملت مختلف الجوانب الاقتصادية والسياسية والاجتماعية اضافة الى الثورة التقنية (التكنولوجية) الهائلة التي يشهدها العالم المعاصر ، وهي ثورة في المعلومات وأساليب الادارة تفوق في أبعادها وآثارها الانية والمستقبلية كل التحولات أو الثورات التي شهدتها البشرية من قبل .

ولا ريب فى أن هذه التحولات التى تستلزم التغيير والتطور الدائمين ، تتطلب ادارة عامة على أعلى مستوى من الأداء والفعالية ، ومن ثم فان المصلحة العامة لن تتوافق مع ادارة مبرمجة السلوك مثل الانسان الآلى، وانما يستلزم تحقيق هذه المصلحة العامة أن تكون للادارة العامة سلطتها التقديرية بالقدر الكافى لمواجهة التحولات الكبرى التى يشهدها عالم الادارة العامة اليوم فى أهدافها ووسائلها ودورها ونشاطها ، حتى تكون على الدوام متوافقة مع الظروف المتغيرة والمتجددة، ضمانا لحسن سير العمل الادارى ، مما ينعكس بالايجاب على حقوق الافراد وحرياتهم والخدمات الضرورية لهم، ومن هنا تبدو السلطة التقديرية كضرورة اجتماعية لا غنى عنها ،وكوسيلة مثلى لتحقيق المصلحة العامة بل ولضمان المشروعية فى المجتمع، وهذا ما يعبر عنه بالقول أن الغاية من العمل أو النشاط الادارى هو تحقيق المصلحة العامة وهو ما يمثل عنصر المشروعية فيه ، أما الوسائل المؤدية الى تحقيقها فهى أمر يتعين ـ بدرجة أو أقل ـ أن تترك لتقدير الادارة باعتبارها من عناصر الملاءمة فى هذا العمل او النشاط .

الفرع الثانى
جوانب التقييد أو حرية التقدير
فى عناصر القرار الادارى

اذا كانت السلطة التقديرية تثبت للادارة نتيجة غياب القواعد القانونية المنظمة لنشاط الادارة بصدد موضوع ما ، فانه يتعين علينا أن نبين بدقة كيفية تقييد العمل أو القرار الادارى ، أو اطلاق الحرية للادارة فى شأنه أو شأن عنصر أو آخر من عناصره حتى يتسنى معرفة المجالات التى تظهر فيها السلطة التقديرية للادارة .

وقد سبق أن انتهينا الى أن للقرار الادارى بالاضافة الى ركن الارادة فيه، خمسة عناصر أخرى هى : الشكل والاختصاص والسبب والمحل والغاية ، وهى عناصر تتصل بشروط صحة القرار ومشروعيته، ومن ثم تكون مجالا للتقييد

أو للتقدير بحسب موقف المشرع منها . بخلاف ركن الارادة . وبالتالى يمكن القول بأن شروط صحة أو مشروعية القرارات الادارية تتمثل فى ضرورة اتفاق عناصر القرار الادارى مع القيود أو الشروط التى قد يفرضها القانون على هذه العناصر ، وذلك على النحو التالى :

أولا : عنصر الشكل :

المقصود بعنصر الشكل المظهر الخارجى الذى تسبغه الادارة على القرار للافصاح عن ارادتها والاجراءات التى تتبعها فى اصداره ، وعليه فان صدور القرار الادارى دون التزام الادارة للشكليات التى ينص عليها القانون . أو دون اتباع للاجراءات المقررة قانونا أو مخالفا لها ، يصيب القرار بعيب الشكل ويجعله قابلا للالغاء لعدم المشروعية .

والاجراءات الشكلية ليست مجرد روتين او عقبات أو قواعد اجرائية لا قيمة لها ، وانما هى فى حقيقتها ضمانات للادارة ، يمنعها من التسرع وتهديد ضمانات الافراد وحرياتهم باتخاذ قرارات غير مدروسة ، وحملها على التروى فى ذلك ووزن الملابسات والظروف المحيطة بموضوع القرار تحقيقا للمصلحة العامة ، وهو الأمر الذى يحقق أيضا ضمانات للأفراد ضد احتمالات تعسف الادارة . وكما يقول بحق الفقيه الالمانى الكبير" اهرنج" ، "فان الشكليات والاجراءات تعد الاخت التوأم للحرية ، وهى العدو اللدود للتحكم والاستبداد" ، وذلك على خلاف الشائع بين العامة من عدم أهمية القواعد الاجرائية والشكلية والنظر اليها على أنها مجموعة من التعقيدات منعدمة الفائدة .

والاصل ان القرار الادارى لا يخضع فى اصداره لشكليات معينة ، ما لم يستلزم القانون اتباع شكل محدد او اجراءات خاصة لاصدار القرار الادارى ، ولذلك استقر القضاء الادارى على" أن جهة الادارة غير مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن ارادتها الملزمة ، مالم يحتم القانون اتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين" .

وعلى ذلك يمكن القول بأنه في غير حالة تقييد المشرع للادارة بالتزام شكل معين أو اجراءات محددة. تتمتع السلطة الادارية بحرية تقدير واسعة في اتباع الشكل الملائم والاجراءات المناسبة لاتخاذ القرار الاداري المزمع اصداره .

وعنصر الشكل في القرار الاداري يتضمن طوائف كثيرة من الشكليات والاجراءات ، وقد بدأ الفقه يميز بين قسمين مختلفين منهما .

الأولى : الشكليات السابقة على صدور القرار وهو يشمل كافة الاجراءات التي يلزم اتخاذها قبل اصداره والا غدا القرار غير مشروع . ويخصص لهذا القسم اصطلاح " الاجراءات " .

فقد يستلزم اصدار القرار الاداري في كثير من الاحوال اتباع اجراءات معينة ينص عليها المشرع أو تقتضيها المبادىء العامة للقانون ، وفقا لما يراه القضاء الاداري ، باعتبارها ضمانات أساسية لازمة لحماية الافراد ، وينتج عن عدم اتباع هذه الاجراءات بطلان القرار الاداري ، أما اذا لم يشترط القانون أي منها ، فان القرار يكون صحيحا ولو لم تتبع الادارة في اصداره اية اجراءات .

وقد يوجب القانون على جهة الادارة أن تتخذ بعض الاجراءات التمهيدية او التحضيرية السابقة على اتخاذ القرار . فمثلا في خصوص تأديب الموظفين قد يتطلب القانون ضرورة اعلان صاحب الشأن لسماع أقواله والترخيص له بالاطلاع على بعض الاوراق والتحقيق معه لسماع دفاعه والتحقق منه وذلك تمهيدا لاتخاذ القرار التأديبي. وقد يتطلب القانون الالتجاء لاجراءات معينة مثل استشارة بعض الجهات الفنية أو القانونية او المالية قبل اتخاذ القرار ، وكذلك الامر اذا اشترط القانون منح مهلة زمنية معينة للافراد قبل اصدار القرارات المتصلة بهم .

والثانى : الشكليات المتعلقة بالمظهر الخارجي للقرار باعتباره وسيلة للتعبير عن ارادة السلطة الادارية، أى الصورة التى يجب أن يفرغ فيها القرار عند اصداره، ويخصص لهذا القسم اصطلاح" الشكليات" .

والأصل أن الادارة غير مقيدة فى الافصاح عن ارادتها بافراغ قرارها فى صيغة معينة أو بشكل معين، فالسلطة الادارية تتمتع بحرية تقدير افراغ القرار فى الشكل الذى تراه مناسبا، ما لم يحتم القانون اتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين، ولذلك فقد يكون القرار الادارى مكتوبا وقد يكون شفويا ، كما قد يكون مسببا أو غير مسبب، وقد يكون ايجابيا ، وقد يكون سلبيا وذلك بسكوت الادارة أو امتناعها عن اتخاذ عمل أو قرار كان يجب عليها اتخاذه ، فاذا رتب القانون على هذا السكوت أو الامتناع أثرا قانونيا معينا ، فانه يعتبر بمثابة القرار الادارى السلبى، ومثال ذلك اعتبار الاستقالة المقدمة من الموظف العام مقبولة بعد مضى شهر من تاريخ تقديمها اذا سكتت الادارة عن الرد عليها صراحة، واعتبار فوات ستين يوما على تقديم تظلم الى جهة الادارة التى أصدرت القرار أو السلطات الرئاسية دون أن تجيب عليه تلك السلطات المختصة بمثابة رفض للتظلم.

والافصاح عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا مثلما هو الشأن بالنسبة للقرارات السلبية، وعموما فى أى حال لايدع مجالا للشك فى حقيقة ما اتجهت اليه الارادة بأن كان القرار يحمل فى طياته الدليل القاطع الواضح على اتجاه ارادة الادارة فى شأن موضوعه، أو اذا كانت وقائع واجراءات تنفيذ القرار الادارى كافية الدلالة على اتجاه ارادة الادارة الى ترتيب الاثر القانونى عليه كما لو تم القبض على شخص دون أن يكون هناك قرار صريح بذلك فان هذا التصرف ـ القبض ـ له دلالة واضحة على قصد الادارة، ومن ثم يكون هذا التصرف له كل مقومات القرار الادارى كتصرف متجه الى احداث اثر قانونى هو القبض على هذا الشخص .

وبالرغم من أن أهمية عنصر الشكل والاجراءات كضمانة للافراد ولتحقيق المصلحة العامة، ليست من الامور الخافية على المتخصصين، مما يستوجب أن يكون من شأن مخالفة عنصر الشكل بطلان القرار الادارى الصادر على خلافه، دون حاجة الى نص صريح يقرر هذا الجزاء، وهو مايعنى عدم تمتع الادارة - ومن بعدها القضاء بأية سلطة تقديرية فى اتباع الشكل أو عدم اتباعه، بالرغم من ذلك، رأى القضاء الادارى فى فرنسا، ومن ورائه نظيره فى مصر دون أى مبرر معقول، أنه يتعين "التخفيف" من حالات البطلان لعيب الشكل فى القرار الادارى، وعدم التشدد فى الحكم بعدم المشروعية لهذا العيب، سيما اذا تبين لانعدام تأثير الشكليات او الاجراءات التى لم تتبع على مضمون القرار الادارى او على الضمانات المقررة للأفراد، حتى لايكون من شأن ابطال كل قرار معيب شكلا عرقلة العمل الادارى.

وعلى ذلك اتجه القضاء الادارى الى بحث كل حالة على حده ليحدد أهمية الاجراء أو الشكل الذى خالفته الادارة، حيث قد يبدو الاجراء أو الشكل جوهريا فى حالة ولا يبدو كذلك فى حالة أخرى، ومن ثم أقام القضاء تفرقة بين الشكليات الجوهرية والاجراءات التى يلزم على السلطة الادارية دوما احترامها واتباعها، ورتب على مخالفتها بطلان القرار الادارى المخالف لها، وبين الشكليات الثانوية التى لا يترتب على مخالفتها بطلان التصرف، وازاء الفشل فى وضع معيار حاسم يقوم على أساسه هذا التمييز، فقد اكتفى بتحديد الحالة التى تندرج تحتها المخالفة فى القرار محل الطعن.

وفى تقديرنا ان مقتضى هذا التمييز الذى أقامه القضاء الادارى، أن يغدو للادارة سلطة تقديرية فى اتباع أو عدم اتباع الشكليات والاجراءات التى يقرر القضاء الادارى أنها من الشكليات او الاجراءات الثانوية، بل وقد ترى جهة الادارة أن لها حرية تقدير فى تحديد الشكل او الاجراء الثانوى ومن ثم مدى ملاءمة اتباعه أو عدم اتباعه آخذة فى الاعتبار أن الغالب، فى حالة المنازعة فى مشروعية قرارها المخالف لهذا الشكل أو الاجراء، أن يؤيد القضاء الادارى تقديرها فى "ثانوية" هذا الشكل المهدر.

ومن استقراء أحكام القضاء الادارى ، استقر الفقه على أن الاجراء أو الشكل الذى يستلزمه القانون يكون جوهريا فى الحالات التالية :

١ ـ اذا وصفه القانون صراحة بأنه جوهرى أو مايفيد ذلك.

٢ـ اذا رتب القانون البطلان كجزاء على مخالفة الشكل أو الاجراء.

٣ـ اذا كان الاجراء أو الشكل جوهريا فى ذاته أو بطبيعته، وهو ما يتحقق فى الحالات الاتية :

أ ـ اذا كان من شأن الشكل أو الاجراء التأثير على مسلك الادارة ، وهى تحدد مضمون القرار.

ب ـ اذا كان الشكل أو الاجراء مقررا لحماية مصالح المخاطبين بأحكام القرار.

جـ ـ اذا كان من شأن الشكل أو الاجراء التأثير على ضمانات الافراد تجاه الإدارة .

وفى تقديرنا أنه يتعين التخلى عن هذه التفرقة التى يقيمها القضاء الادارى، لانه مهما كانت العلة أو الحكمة من هذا التمييز ، فانها لا تنهض أساسا كافيا لاهدار المشروعية ومخالفة القانون دون جزاء، بحجة " عدم جوهرية الشكل أو الاجراء" ، اذ يتعين على القاضى الادارى، وهو قاضى المشروعية الاول ، الالتزام باحترام المشروعية دون تقصى لاهداف المشرع وعلة التشريعات ، وعلى الادارة ان رأت أن هناك اعاقة من شأنها شل عملها نتيجة بعض الشكليات، أن تبادر الى الغائها ان كانت مقررة بنص لائحى أو طلب ذلك من المشرع ان كانت مقررة بنص تشريعى، والا عليها الالتزام بها بدلا من محاولات الدفع امام القضاء الادارى بثانوية أو عدم جوهرية الشكل أو الاجراء الذى أغفلته، واعتادت على تجنبه اعتمادا منها على مسلك القضاء .

ان احترام المشروعية واعلاء كلمة القانون وضمان خضوع الكافة لاحكامه هو أمر يستعصى عليه فى تقديرنا أية اعتبارات عملية، حتى ولو كانت الكلمة

الاخيرة للقضاء، فليس من الملائم أن نعترف للقضاء بهذه السلطة التحكمية التى عجز القضاء نفسه عن تحديد معيار جامع مانع لها ، فالحكم يختلف جذريا عن التحكم، فالأول أمر مشروع يتفق مع القانون والديمقراطية، والثانى أمر غير مشروع يناهض القانون ويتسم بالاستبداد والتسلط.

والقول بأن هناك شكليات لا قيمة لها ، يحمل ضمنا اتهاما غير جائز للمشرع بالعبث، كما أنه ليس للادارة التمسك بأنها بتجاوزها انما تحطم الروتين وتهدر البيروقراطية ، فهذه كلمات حق يراد بها باطل ، اذ هى محاولات لستر الانحراف بالسلطة تجاه الافراد أو المال العام ، فهذه الشكليات وتلك الاجراءات هى فى حقيقتها ضمانات ضد احتمالات تعسف الادارة ، ولا ريب فى أن صدور حكم قضائى واحد بثانوية احد الاجراءات او الشكليات سيدفع الادارة فورا الى الادعاء بأن لها سلطة تقديرية تجاهه ، وان من حقها تقدير ملاءمة اتباعه او عدم اتباعه، دون أن يتنبه الجمهور حسن النية لذلك، وهكذا يتعطل تطبيق النصوص القانونية مما يعد مخالفة حقيقية للدستور.

من ناحية أخرى يذهب القضاء الادارى ومعه معظم الفقه الى أن المشرع قد يقرر بعض الاجراءات والشكليات لمصلحة الادارة وحدها ، بحيث يكون لها حرية تقدير ملاءمة اتباعها أو عدم اتباعها فى اصدار قرارها الادارى، دون أن يحق للأفراد التمسك ببطلان القرار الادارى استنادا الى مخالفتها ، تأسيسا على أن الشكليات المقررة لمصلحة الادارة لايجوز لسواها التمسك باتباعها ، اذ هى من ناحية لا تعتبر من النظام العام، كما أنها من ناحية أخرى يسرى عليها نظرية البطلان النسبى، بحيث يمح بشأنها التنازل عن اتباعها من جانب من شرعت الشكليات لمصلحته.

وفى تقديرنا أنه لايمكن التفرقة فى صدد عنصر الشكل الذى يتدخل القانون فى تحديده ، بين الشكليات المقررة للمصلحة العامة والشكليات

المقررة لمصلحة الادارة وتلك المقررة لصالح الافراد. وما قد يراه القضاء الادارى أنه مقرر لمصلحة الادارة او الافراد. هو فى تقدير المشرع مقرر للمصلحة العامة ، والا لأشار المشرع صراحة الى ذلك ، ونص على عدم جواز التمسك ببطلان القرار المخالف الا لمن تقرر الشكل لمصلحته، أما اذا لم ينص المشرع على مثل ذلك ، فالاصل ان الشكل مقرر للمصلحة العامة ، وهذا ما يعترف به القضاء الادارى، ففى بعض أحكام القضاء الادارى تشير المحكمة صراحة الى " أن قواعد الشكل فى اصدار القرار الادارى هى اجراءات هدفها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء" (١٦) ، وأنه" من المقرر فقها وقضاء أن الاصل فى الشكليات والاجراءات أنها مقررة لمصلحة عامة قدرها المشرع، فهى تمس الصالح العام" (١٧).

وعلى ذلك فاننا لا نؤيد ما تأخذ به محاكم القضاء الادارى فى مصر، من تفرقة بين اجراءات مقررة للصالح العام وأخرى مقررة لصالح الادارة أوالافراد، مالم يكن هناك نص صريح بأن الشكل الذى أوجب القانون اتباعه، قد تقرر لصالح الادارة أو الافراد، بحيث لايجوز التمسك ببطلان القرار المخالف من قبل الاخر.

ومن ناحية أخرى ، لايجوز للقاضى الادارى ممارسة التقدير أو الموازنة بين مصالح الادارة ومصالح الافراد، واذا كان القاضى العادى، المدنى مثلا أو التجارى، يبحث فى مصالح الخصوم لتحديد من شرع الشكل لمصلحته، فان القياس هنا غير جائز ، اذ أن مصالح الخصوم فى المنازعات المدنية أو التجارية هى مصالح خاصة ، يقف القانون بينها على الحياد للموازنة بين طرفيها، فى حين انه فى المنازعات الادارية ، تقع الخصومة بين طرفين

---

(١٦) المحكمة الادارية العليا فى١٢/٥/١٩٧٩ قضية٥٧١ لسنة١٨ق، مجموعة ١٥ سنة ، ص ٢٠٤٤.

(١٧) محكمة القضاء الادارى فى ١/٧/١٩٥٧ قضية ١٣٨٧٤ لسنة ٨ق، المجموعة السنة ١١ ص ٣٦٨.

احدهما يبحث عن مصلحته الخاصة والآخر يدافع عن المصلحة العامة، وهى المصلحة التى يتعين أن يكون لها الاولوية على المصالح الخاصة بغض النظر عمن يستفيد من تحقيقها، وسواء كان المستفيد هو الادارة أم الافراد.

والأمثلة القضائية لذلك تؤكد مع قليل من التعمق أن هذه الاجراءات التى يدعى انها مقررة لصالح الادارة ، انما هى فى حقيقة الامر مقررة للمصلحة العامة ضمانا لتحقيقها ولو على حساب المصالح الفردية ، فالاجراءات الواجب اتخاذها فى حالة ضبط الطالب متلبسا بحالة الغش مقررة للمصلحة العامة وهى مصلحة جميع الطلاب لتحقيق تكافؤ الفرص الحقيقى بينهم والتى تستلزم عدم المساواة بين من يذاكر لينجح ومن يغش ليحقق نفس الغرض، وعليه ليس من أساس صحيح لاعتبار القضاء هذه الاجراءات من قبيل الاجراءات المقررة لمصلحة الادارة .

وفى هذا الصدد نذكر محاكم مجلس الدولة بما قررته محكمة القضاء الادارى فى مطلع نشأة جهة القضاء الادارى فى مصر فى ١٩٥١/٤/٥ من أن الضمانات التى تقررها القوانين جازمة لازمة ليس عنها محيص، فالمأمور به واجب الاستصحاب والمنهى عنه واجب الاجتناب بلا ترخص فى ذلك أو هوادة أو لين" . (١٨)

والخلاصة أنه اذا حدد القانون أشكال أو اجراءات محددة يلزم اتباعها عند اصدار القرار الادارى فان سلطة الادارة بصدد هذا العنصر تكون مقيدة بضرورة اتباع هذه الاشكال وتلك الاجراءات والتى يحرص المشرع على تحديدها دوما على نحو دقيق لا يسمح بأية حرية فى التقدير - والا تعرض قرارها للالغاء لتعيبه بعيب الشكل .

---

(١٨) حكمها فى القضية ٣٨٧ لسنة ٣ق ، المجموعة السنة ٥ ص٨٢٦ .

أما اذا تخلى المشرع عن تحديد أية اجراءات أو شكليات لاصدار قرار ادارى معين فانه يكون للادارة سلطة تقديرية فى اتباع واختيار شكليات معينة أو حتى عدم اتباع أى نوع من الشكليات.

ثانيا : عنصر الاختصاص :

يقصد بالاختصاص صلاحية موظف معين أو جهة ادارية محددة فى اتخاذ قرار ادارى معين تعبيرا عن ارادة الادارة ، وتتحدد هذه الصلاحية بموجب أحكام القانون أو وفقا للمبادىء القانونية العامة.

والقواعد القانونية التى تحدد اختصاصات موظفى الادارة والهيئات الادارية تعنى أولا بتحديد العمل أو التصرف موضوع الاختصاص والذى سينصرف اليه القرار الادارى مثل موضوعات : حماية الأمن العام ـ أبعاد الأجانب ـ ابرام العقود ـ تعيين الموظفين ـ نزع الملكية ... الخ، ثم تتولى قواعد الاختصاص تعيين الشخص أو الأشخاص الادارية التى تملك الصلاحية القانونية فى التعبير عن ارادة الادارة فى شأن هذا الموضوع، ولذلك قد يملك هذه الصلاحية موظف أو جهة ادارية واحدة وقد يشترك فى هذه الصلاحية أكثر من موظف او جهة بحيث يمكن لكل منهم أن يمارس وحده هذا الاختصاص أو يشتركون جميعا فى اصدار القرار فلا يجوز لواحد منهم ممارسة الاختصاص وحده دون موافقة الاخرين . مع ملاحظة أن ممارسة الاختصاص تشمل اصدار القرار وأيضا تعديله ونقضه بالغائه أو سحبه، مالم ينص القانون على خلاف ذلك . وأخيرا تعنى هذه القواعد القانونية المحددة للاختصاص بتحديد الافراد الذين يخاطبهم القرار الادارى بأحكامه، والذين تنصرف اليهم آثار القرار فيحملهم بالحقوق والالتزامات المترتبة عليه .

ويرى الفقه أنه بالنسبة لعنصر الاختصاص فى القرار الادارى ، فان السلطة الادارية لاتملك أية حرية فى التقدير بشأنه، فليس هناك من قاعدة قانونية منظمة لأحد أوجه النشاط الادارى الا وتحدد الشخص او الجهة الادارية

المختصة بممارسة هذا النشاط او اصدار القرارات المتعلقة به ونوعها . ولذلك فان صدور مثل هذه القرارات من شخص ادارى آخر غير الذى حددته قاعدة القانون يعنى انتهاكها لعنصر الاختصاص، ويشوب القرار عيب عدم الاختصاص وهو ما يفيد عدم المنع بممارسة سلطة معينة سواء كانت هذه السلطة تقديرية بالكامل أو تقديرية فى جزء منها أو كانت مقيدة بالكامل او مقيدة فى جزء منها ، وهذا يعنى أن لا علاقة بالمرة بين عنصر الاختصاص من ناحية وفكرة السلطة التقديرية أو السلطة المقيدة من ناحية أخرى .

وأساس ذلك أن الاختصاصات المحددة لكل سلطة ليست حقوقا قابلة للتصرف فيها بغير قيود ، فالاختصاص الذى يتقرر لجهة ادارية معينة يراعى فيه ضمانات خاصة تكفل قيام هذه الجهة بمباشرة ذلك الاختصاص على نحو يحقق أهدافه ويبعد من الافراد ضد المساس بحقوقهم الا بالقدر الذى تقتضيه المصلحة العامة، ولذلك فان النصوص المحددة للاختصاص هى نصوص آمرة، ومن ثم فان الاختصاص لا يفترض ، كما أنه اذ يثبت بنص معين لايجوز التوسع فيما ورد به النص أو الاجتهاد فى مجاوزة نطاقه .

ولذلك استقر القضاء الادارى على أنه اذا تخلى القانون عن تنظيم اختصاص ادارى معين بأن لم يعهد به الى جهة ادارية محددة أو موظف معين ، فان الجهة التى تختص بذلك هى الجهة أو الموظف الذى يتفق هذا الاختصاص مع واجبات وظيفته .

ومن ناحية أخرى قد يتحدد الاختصاص لجهة ادارية على سبيل الالزام، فلا يكون لغيرها ممارسة هذا الاختصاص فى أى حال من الاحوال ، وقد يتحدد على سبيل التخيير بالسماح للجهة المختصة بتفويض هذا الاختصاص او جانب منه لجهة أخرى .

وبيد فانه بالرغم من أن الاختصاص لايفترض، ومن المحتم أن يستند الاختصاص الى نص أو قاعدة قانونية غير مكتوبة . وأنه اذ يثبت بنص معين فلايجوز

التوسع فيما ورد به النص او الاجتهاد في مجاوزة نطاقه . الا أنه اذا اقتضت الظروف المتغيرة ان يتولى الاختصاص أوجانب منه آخرين ، لتحقيق أهداف الادارة بصورة أوفى أو لضمان حسن سير العمل الادارى بصورة منتظمة ومطردة، جاز للسلطة المختصة تفويض الاختصاص أو الانابة فى ممارسته، مما يعنى — فى تقديرنا — أن هناك جانب من حرية التقدير وان كان بقدر ضئيل للغاية.

ويخلط معظم الفقه والقضاء بين عنصر الاختصاص وركن الارادة فيما يتصل بالعيوب التى تلحق بهما اذا تمثل العيب فى اغتصاب سلطة عامة لاختصاصات السلطة الادارية فيعتبرون ان عيب الاختصاص اما أن يكون جسيما (تعبيرا عن اغتصاب السلطة) أو بسيطا (تعبيرا عن عيب الاختصاص اوبالأخرى عدم الاختصاص) .

والواقع أن عيب اغتصاب السلطة هو عيب يشوب ركن الارادة فى القرار الادارى وذلك لانه يعنى تعبير او افصاح غير السلطة الادارية عن ارادة السلطة الادارية، ولذلك فانه اذا تحقق هذا العيب فانه يؤدى الى انعدام القرار الادارى لانعدام ارادة السلطة الادارية فيه.

أماعيب عدم الاختصاص فانه يعنى أنه فى داخل السلطة الادارية تتوزع الاختصاصات بين موظفى الادارة والجهات الادارية المختلفة داخل الادارة ومن ثم فاذا اعتدى موظف أو اعتدت جهة ادارية على اختصاص موظف آخر أو جهة ادارية أخرى، فانه يلحق بالقرار الادارى المتصل بهذا الاختصاص عيب عدم الاختصاص وهو عيب لا يتصل بركن الارادة لانه أيضا تعبير عن ارادة سلطة ادارية ، ولكنه عيب يتصل بعنصر الاختصاص بوصفه من العناصر التى اذا شابها عيب فانه يؤدى الى قابلية هذا القرار للالغاء لعدم مشروعيته وذلك لمخالفته القواعد القانونية التى تحدد الاختصاصات او صلاحيات موظفى السلطة الادارية فى ممارسة الاعمال الادارية .

وبناء على ما تقدم يمكن تحديد أحوال عدم الاختصاص بمايلى:

(أ) عدم الاختصاص الموضوعى :

وهو يتحقق اذا أصدرت جهة ادارية قرارا فى موضوع لا تملك قانونا صلاحية اصدار قرار بشأنه لانه يدخل فى اختصاص جهة ادارية أخرى سواء كانت جهة موازية لها فى المستوى والدرجة كاعتداء وزير على اختصاص وزير آخر ، او جهة ادارية أدنى منها كاعتداء الوزير على اختصاص نهائى لوكيل الوزارة أو رئيس احدى المصالح التابعة له، او جهة ادارية اعلى منها كاعتداء مدير عام لاحدى الادارات على اختصاص منعقد لوكيل الوزارة أو للوزير.

(ب) عدم الاختصاص المكانى :

وهو ما يتحقق عندما يصدر احد موظفى السلطة الادارية قرارا يتجاوز به الدائرة أو النطاق الاقليمى الذى له أن يمارس فيه اختصاصاته، ومن ثم الاعتداء على اختصاص الموظف أو الجهة التى يتبعها المكان الذى صدر بشأنه القرار الادارى كأن يصدر محافظ اقليم معين قرارا يسرى على اقليم آخر مجاور او متاخم لاقليمه، أو أن يصدر عن حكومة امارة معينة — فى دولة الامارات مثلا — قرارا يسرى على الامارة المجاورة لها . والواقع أن مثل هذا العيب نادر الوقوع نظرا لأن الحدود الاقليمية تكون دائما على درجة كبيرة من الوضوح مما يجعل الدائرة المكانية للاختصاصات واضحة لدرجة لا تسمح بالتداخل أو التضارب .

(جـ) عدم الاختصاص الزمانى :

وهو ما يحدث اذا باشر موظف ما اختصامه فى اصدار قرارات ادارية معينة قبل أو بعد تحقق صلاحيته القانونية فى اصدار هذه القرارات، كأن يصدر وكيل الوزارة قرارا تأديبيا ضد موظف قبل أن يتم تعيينه أو ترقيته بصفة نهائية الى درجة وكيل الوزارة، أو أن يصدر هذا القرار بعد انتهاء خدمته بالاستقالة مثلا أو فصله منها .

ففى هذه الاحوال جميعها يشوب القرار الادارى عيب عدم الاختصاص فيجعله قابلا للابطال— بالرغم من وجوده — بحيث اذا طعن ضده بالالغاء

جاز للقاضي الاداري الحكم بالغائه بعد التحقق من عدم مشروعيته لمخالفته قواعد الاختصاص ٠

ويعتبر عنصر الاختصاص من النظام العام ، بمعنى أنه لايجوز الاتفاق على مخالفته بين الجهات الادارية والافراد ذوى المصلحة، كما لايجوز التنازل عن التمسك بهذا العيب من قبل الأفراد أو تصحيح القرار باجراء لاحق من قبل الادارة كالاجازة أو التصديق من جانب المختص أصلا باصدار القرار ٠

وأخيرا يملك القاضي أن يتصدى من تلقاء نفسه باثارة هذا العيب وفحصه دون اشتراط طلب أحد الخصوم لذلك ، كما أن حالة الاستعجال لا تبرر للادارة قواعد الاختصاص ما لم تصل هذه الحالة الى مرتبة الظروف الاستثنائية ومن ثم تتحول الى حالة ضرورة تبرر هذه المخالفة تحت رقابة القاضي ٠

ثالثا : عنصر السبب :

السبب هو الواقعة أو الوقائع التى تسبق القرار وتدفع الى اصداره ، ويعرف قانونا بأنه مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التى تسمح للادارة بالتصرف واتخاذ القرار الادارى ، فالسبب في توقيع جزاء تأديبى هو الجريمة التأديبية التى يرتكبها الموظف العام ، والسبب فى قرار تعيين أحد الأفراد فى وظيفة عامة هو خلو هذه الوظيفة ممن يشغلها وحاجة الادارة الى شغلها تحقيقا للصالح العام ، والسبب فى قرار تفريق مظاهرة هو الاخلال أوالتهديد باخلال يلحق بالنظام العام٠

ويلزم لصحة ومشروعية عنصر السبب فى القرار الادارى أن تكون الأسباب التى استندت اليها الادارة للتدخل واصدار القرار الادارى، محققة الوجود بأن تكون أسباب حقيقية وليست وهمية او صورية. وأن يؤدى الوصف

القانونى لهذه الاسباب أو بمعنى آخر تكييفها القانونى، الى النتيجة التى يهدف اليها القرار الادارى . فمثلا لصحة قرار صادر بتأديب موظف وتوقيع جزاء تأديبى عليه، يلزم أن يقع من هذا الموظف وقائع مادية يمكن تكييفها قانونا بأنها " جريمة تأديبية" ومن ثم تستوجب توقيع جزاء تأديبى عليه .

والاصل أن الادارة ليست ملزمة بذكر سبب القرار صراحة، اذ يفترض دوما ان القرار قد بنى على سبب صحيح، وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك، على أنه اذا الزم القانون جهة الادارة بضرورة تسبيب قراراتها فى موضوع معين، فيجب على الادارة أن تذكر هذا السبب صراحة فى قرارها، كما فى حالة رفض الادارة منح تراخيص حمل السلاح أو الغائها، ومن ناحية أخرى فاذا لم تكن الادارة ملزمة بذكر سبب القرار ولكنها أفصحت عنه، فيلزم ان يكون هذا السبب صحيحا، وتخضع الادارة فى ذلك لرقابة القضاء للتعرف على مدى صحتها من الوجهة الواقعية ومن جهة مطابقتها للقانون نصا وروحا .

وبالنسبة لدور المشرع فى تحديد أسباب القرارات الادارية، فانه لا يتخذ موقفا موحدا، فقد يتجه المشرع الى الزام الادارة باتخاذ تصرف محدد بالذات بمجرد توافر شروط معينة يحددها القانون، تتمثل فى الاسباب التى يجب أن تقيم الادارة عليها قرارها، بحيث لا يكون للمختص بذلك أية سلطة تقديرية فى صدد تحديد مضمون القرار، كما لو ألزم القانون الادارة بمنح ترخيص ــ للصيد مثلا ــ بمجرد تقديم الطلب مصحوبا بمستندات محددة، وان كان ذلك الاسلوب نادر الوقوع ولا يمثل الا قدرا ضئيلا من نشاط الادارة .

والغالب أن يمنح المشرع للادارة قدر من السلطة التقديرية فى ممارسة اختصاصاتها، فقد يعمد الى أن يحدد فقط ما ينبغى عليها اتخاذه من قرارات اذا حدثت وقائع معينة، ويترك لها بعد ذلك حرية التدخل أو الامتناع، وتحديد مضمون القرار . فاذا طلب موظف احالته الى المعاش قبل بلوغ السن المقررة لذلك، فان الادارة تملك قبول الطلب أو رفضه . ولكنها اذا قبلته لا تملك الا اصدار قرار بالاحالة الى المعاش بناء على طلب الموظف، وعند وقوع أخطاء وظيفية معينة من جانب أحد الموظفين، يكون للادارة حرية تقدير

ضرورة اتخاذ اجراء أو عدم ضرورة ذلك، ولكنها اذا اتخذت قرارها فى هـــذا الصدد فيلزم أن يكون قرارا تأديبيا ، و من ثم لايجوز لها ـ مثلا ـ نقـــل الموظف الى عمل آخر استنادا الى تلك الأخطاء، فالنقل ليس من الجـــزاءات التأديبية، ومن ثم يكون من القرارات التأديبية المستترة أو المقنعة، وهـــى قرارات غير مشروعة لاستنادها الى سبب غير صحيح .

وهناك احتمال أن يترك المشرع للادارة سلطة تقديرية واسعة فـــى اختيار السبب، فلا يحدها بأية قيود بمراعاة حالات واقعية معينة، وفى هـذه الحالة يتضاءل دور السبب فى مجال الرقابة على مشروعية القرار، دون أن يكـون لذلك أثر فى وجود السبب كأحد عناصر القرار الادارى ، فاذا كانت السلطـــة التقديرية الواسعة التى تتمتع بها الادارة فى هذه الحالة تؤدى الى تعـــذر الرقابة على مشروعية السبب، الا أن ذلك لايعنى انعدام أسباب القرار، اذليست هناك قرارات مجردة بدون سبب فلكل قرار ادارى سببه سواء كشفت جهـــة الادارة عن هذا السبب أم لم تكشف عنه، فاذا أفصحت الادارة باختيارها عـــن السبب الذى استندت اليه ، فان الرقابة عليه تعود مرة أخرى الى الظهـــور ، ويحق للقاضى التحقق من وجود هذا السبب، مما يثبت انتفاء حالة" انعـدام الأسباب" . ويؤكد ذلك أن للمشرع أن يلزم الادارة فى مثل هذه الحـــالات بتسبيب قراراتها ، وهو أمر وان كان يتصل بعنصر الشكل فى القرار الادارى الا أنه يؤدى الى تحقق الرقابة على السبب فى هذه القرارات.

ويلعب عنصر السبب فى القرار الادارى دورا هاما فى الرقابة القضائية على القرارات الادارية، وعلى الأخص من حيث ملاءمتها ، اذ تتأثر هذه الملاءمـة الى حد كبير بالدافع الى اتخاذ القرار ومدى امكانية تبريره .

ولذلك تقتضى رقابة أسباب القرار أن يتعمق القضاء الادارى فى جوهر العمل الادارى ، حيث يبحث القاضى فى الاسانيد والبواعث والدوافع الموضوعيـة التى حملت الادارة على اصدار قرارها ، مما يزيد من حرص الادارة على الاستنـاد الى أسباب صحيحة قانونا لعلمها بأنها ستخضع للرقابة الفعالة عليها من جانـب

القضاء الاداري في هذا الشأن .

وقد أكدت المحكمة الادارية العليا في بعض أحكامها على أن رقابتها تختلف بصدد القرارات الصادرة عن سلطة تقديرية حيث لاتلتزم الادارة بأسباب معينة يفرضها المشرع عليها ، بالمقابلة مع القرارات الصادرة عن سلطة مقيدة وفيها تلتزم الادارة بتأسيس قرارها على الأسباب التى تطلبها المشرع ، فقضت بأن " الرقابة القضائية على تصرفات الادارة ليست حقيقة على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الادارية ، وانما تتنوع بحسب المجال الذى تتصرف فيه ، ومدى ما تتمتع به من حرية وتقدير فى التصرف ، وهى تضيق حقيقة فى مجال السلطة التقديرية حيث لا يلزم القانون الادارة بنص يحد من سلطتها أو يقيد من حريتها في وسيلة التصرف أو التقدير ، الاأن هذا لايعنى أبدا أنها سلطة مطلقة وأن الرقابة القضائية في هذا المجال تكون منعدمة ، بل ان الرقابة القضائية موجودة دائما على جميع التصرفات الادارية لا تختلف فى طبيعتها وان تفاوتت فقط فى مداها ، وهى تتمثل فى المجال التقديرى فى التحقق من أن التصرف محل الطعن يستند الى سبب موجود ماديا و صحيح قانونا وأنه صدر مستهدفا الصالح العام " .

واذا كانت الادارة تلتزم بأن تستند دوما فى قرارها الى سبب صحيح يبرره ، فان مقتضى ذلك الاعتراف للقاضى الادارى دائما بالحق فى التثبت من قيام هذا السبب ، حتى فى الحالات التى لا تلتزم فيها الادارة بالتسبيب استنادا الى دوره الايجابى فى توجيه دعوى الالغاء وسلطته فى تكليف الخصوم بما يراه لازما لاستيفاء تحضيرها وتحقيقها وتهيئتها للفصل فيها .

ولذلك استقر القضاء الادارى على أنه ولئن كان "الاصل أنه لايتعين على الجهة الادارية أن تلتزم بتسبيب القرارات الادارية الا اذا وجد نص صريح بذلك ، الا أن تطبيق هذه القاعدة لا يعنى الا عدم قبول الدفع قبل هذه القرارات ببطلانها شكلا لعدم تسبيبها ، ولاتعنى اعفاء الجهة الادارية من ضرورة بيان أسباب اصدار القرارات المطعون فيها أمام المحكمة المختصة بنظر

دعوى الالغاء ، وهذا الالتزام ناتج من وجود حق الرقابة القضائية التى أضفاها المشرع على اختصاص مجلس الدولة، وهو شرط لا غنى عنه لممارسة هذه الرقابة" .

وعلى ذلك يمكن القول أنه يشترط فى القرار الادارى أن يقوم على أسباب واقعية حقيقية، وأن تكون هذه الأسباب صحيحة قانونا . ورقابة القضاء على الشرط الأول تتمثل فى الرقابة على الوجود المادى لعنصر السبب ، فى حين أن الرقابة على الشرط الثانى هى رقابة على الوجود القانونى للعنصر وهو مايعنى التحقق من صحة الوصف القانونى او بالأخرى التكييف القانونى الذى خلعته الادارة على الوقائع المادية .

وتمثل الرقابة على الوجود المادى للسبب الحد الادنى من الرقابة القضائية التى يبسطها القضاء الادارى على عنصر السبب، والتى تمكنه من الغاء القرار الادارى نتيجة الخطأ فى الواقع ، فى حين تمثل الرقابة على التكييف القانونى وهى رقابة تفترض حتما أن يسبقها رقابة الوجود المادى ، المستوى العادى أو الطبيعى الذى يخضع له كقاعدة عامة كافة القرارات الادارية، حيث يتسنى للقضاء الادارى فى حالة مخالفة الادارة للوصف القانونى الصحيح للوقائع، أن يحكم بالغاء القرار الادارى نتيجة الخطأ فى القانون .

رابعا : عنصر المحل :

محل القرار الادارى ، شأنه شأن أى تصرف قانونى آخر، هو مضمون الاثر القانونى للقرار، أى ما يترتب على القرار الادارى من آثار على التنظيم القانونى نتيجة انشاء مركز قانونى معين أو تعديل أو انهاء مركز قانونى قائم. وقد سبق أن أوضحنا بصدد الحديث عن ركن الارادة فى القرار الادارى أنه يشترط أن تتجه هذه الارادة الى احداث أثر قانونى معين ، ولذلك فان احداث هذا الاثر فى ذاته وان كان شرطاً يتصل بركن الارادة فى القرار الادارى ،

الا أن مضمون هذا الاثر الذى تحقق هو أمر يتصل بعنصر المحل فى ذلك القرار . وعليه فاذا لم يوجد للقرار أى أثر قانونى ، فان القرار يكون منعدما لتخلف أحد شروط ركن الارادة، ومن ثم تخلف هذا الركن ، أما اذا كان للقرار اثر قانونى، فان القرار يكون قائما وموجودا ولكن قد يشوبه عيب المحل اذا كان مضمون الاثر القانونى للقرار غير جائز قانونا ، فالادارة عندما تريد أن ترتب أثرا قانونيا معينا من خلال ما تصدره من قرارات عليها أن تلتزم جانب القواعد القانونية التى تصدر قراراتها بالاستناد اليها فلا تخالفها أو تخرج على مقتضاها .

ويشير القضاء الادارى فى مصر بصدد تعريفه للقرار الادارى على نحو ما سلف شرحه، الى أنه يشترط فى الأثر القانونى الذى يقصد القرار احداثه، أن يكون " ممكنا وجائزا قانونا " ، مما يعنى أنه يشترط فى الأثر القانونى للقرار أن يكون ممكنا من ناحية وجائزا قانونا من ناحية اخرى .

والواقع أنه ليس لشرط امكانية الأثر القانونى علاقة بعنصر المحل فى القرار الادارى ، لانه اذا ثبت عدم امكانية ترتيب هذا الاثر سواء من الناحية القانونية أم من الناحية الواقعية أو العملية ، أصبح القرار الادارى منعدما باتفاق الفقه ، ولكن ليس لعيب المحل فى هذه الحالة، وانما لانعدام هذا المحل أو بالاحرى لتخلف أحد شروط ركن الارادة فى القرار الادارى سالفة الذكر وهو شرط أن يكون من شأن القرار احداث أثر قانونى معين — أيا كان مضمون الأثر — وعليه فان استحالة تحقق هذا الأثر ينفى عن التصرف صفة القرار الادارى فيكون منعدما وفقا لاصطلاح الفقه والقضاء، أى غير موجود أصلا ، ومن أمثلة ذلك تعيين شخص متوفى فى وظيفة عامة ، وترقية موظف انتهت خدمته تأديبيا أو باحالته على المعاش .

أما بالنسبة الى شرط أن يكون الاثر القانونى جائزا قانونا ، فهو تعبير عن اشتراط أن يكون محل القرار الادارى مشروعا ، اذ أنه يتصل بمضمون الاثر القانونى، وما اذا كان القانون يجيزه أو على الاقل لايحظره أم لا ، وبالتالى

فهو من شروط صحة عنصر المحل فى القرار الادارى ، وهو شرط بديهى لانـــــه ان لم يكن جائزا قانونا فانه يكون غير مشروع لمخالفته القانون ٠

ويتحدد موقف القانون بصدد محل القرار الادارى ، وفقا لما يختـاره المشرع من بين الأساليب التالية :

١ ـ أن يحظر المشرع تماما ترتيب أثر قانونى معين ، مثـــــل تسليم اللاجئين السياسيين (م٥٣ من الدستور) ، والمصادرة العامة للأموال (م ٣٦ من الدستور) ، وابعاد المواطنين عن البلاد أو منعهم من العـــودة اليها (م ٥١ من الدستور) ٠

٢ ـ أن يفرض المشرع ترتيب أثر قانونى محدد بصدد قـــرار ادارى معين ، بحيث لا يترك للادارة امكانية الاختيار بين عدة حلول ، فتلتـــــزم السلطة الادارية بمطابقة محل هذا القرار للقواعد القانونية المنظمة للاختصاص باصداره ، وبالتالى ترتيب الاثر القانونى المحدد فى القانون والا كان قرارهــــا مشوبا بعيب مخالفة القانون ، ومثال ذلك أن العامل الذى يحصل على مرتبـة ضعيف فى تقرير الكفاية لاول مرة ، يحرم وفقا لقانون العاملين من نصف مقدار العلاوة الدورية ومن الترقية فى السنة التالية للسنة المقدم عنها التقرير ، وكذلك فانه وفقا للمادة ٦٩ من هذا القانون " يمنح الزوج اوالزوجة اذا رخص لاحدهما بالسفر الى الخارج لمدة ستة أشهر على الاقل اجازة بدون مرتب ٠٠٠ ويتعين على الجهة الادارية أن تستجيب لطلب الزوج أو الزوجة فى جميع الاحوال " ٠

٣ ـ أن يتيح المشرع للادارة قدرا من حرية التقدير ، بأن يتـرك لها حرية الاختيار بين أكثر من أثر قانونى يمكن ترتيب أى منها بصدد قـــرار ادارى معين ، فيكون قرارها مشروعا ما دام يتفق مع القواعد القانونيـــــة بأن كان الاثر القانونى المترتب على القرار يندرج ضمن الحلول التى أباح المشـــرع للادارة الخيار من بينها ، ومثال ذلك العقوبات التأديبية التى يمكن توقيعهـــا

على العاملين بالدولة أو الطلاب الجامعات مثلا - حيث يكون للادارة في حالة ارتكاب أحدهم جريمة تأديبية الخيار بين عدة عقوبات متدرجة نص عليها القانون ، بدءا بالتنبيه او اللوم او الانذار ، وانتهاءا بالفصل من الخدمة أو من الجامعة ، بحيث يكون القرار الادارى التأديبى مشروعا من حيث المحل ، مادام القرار قد رتب أي من هذه العقوبات ، ولكنه يغدو غير مشروع اذا أوقع عقوبة لم ترد ضمن تلك العقوبات ، كعقوبة الغرامة المالية مثلا .

٤ - وأخيرا قد يتخلى المشرع تماما عن تقييد الادارة ، فيتجنب تحديد ما يمكن للادارة أن ترتبه من الآثار القانونية ، مكتفيا - مثلا - بتحديد الغاية والهدف من القرار ، اذ تستطيع الادارة في مثل هذه الحالة ان تحدد بحرية محل القرار الذى خولها القانون حق اصداره ، على أساس أن كافة الحلول التى يمكن أن تختارها السلطة الادارية ، تعد جائزة ومشروعة قانونا ، فمثلا اذا قرر القانون أن للادارة سلطة اتخاذ الاجراءات اللازمة لحماية الاداب العامة اذا ما تعرضت لاى تهديد بالاخلال ، فانه بذلك يكون قد ترك للادارة سلطة تقديرية كاملة في ترتيب الاثار القانونية الكفيلة بحماية الاداب العامة من أى اخلال ، دون خوف من أن يشوب قراراتها عيب مخالفة القانون ، وذلك ازاء تخلى القانون عن تحديد هذه الآثار أو تقييد الادارة بشأنها بأى قيد .

ومن الجلى في هذا الصدد أن هناك ارتباطا واضحا بين عنصرى السبب والمحل فالغالب أن القانون اذا اتجه الى الاختصاص المقيد بشأن المحل فانه يلجأ ايضا الى تقييد سلطة الادارة بشأن السبب بمعنى أنه يقرر أن لرجل الادارة في مواجهة واقعية معينة سلطة اتخاذ اجراء محدد بالذات ، أى سلطة احداث أثر قانونى معين في مواجهة طرف أو واقعة معينة ، وبذلك يتولى القانون تحديد موضوع هذا الاثر بشكل كامل .

فمثلا اذا قرر القانون أن للادارة أن تتخذ الاجراءات اللازمة

لحماية النظام العام وحفظه اذا ما تعرض لأى تهديد بالخطر ، فانه بذلك يكون قد ترك للادارة سلطة تقديرية كاملة فى تحديد محل القرار وفى تقدير أهمية الوقائع وقيمة السبب الذى يبرر اتخاذ هذا القرار وذلك نتيجة عدم وجود تحديد قانونى بالنسبة للسبب وبالنسبة للمحل فى وقت واحد ، ومن ثم تكون الادارة حرة عند اتخاذ ما تراه من قرارات فيما يتعلق باختيار السبب واختيار المحل ، ما لم يتدخل القاضى ويفرض رقابته على هذا الاختيار لاعتبارات أخرى على نحو ما سنبينه لاحقا .

ولذلك يمكن القول أن اختصاص الادارة يكون مقيدا فى صدد عنصرى السبب والمحل اذا كانت الاسباب محددة وبحيث يتم تكييف الوقائع بطريقة حتمية غير ارادية ، وكان محل القرار هو نتيجة منطقية لتلك الاسباب . وعلى العكس يكون الاختصاص تقديريا فى هذا الشأن اذا كانت الاسباب وتكييفها تتم بطريقة ارادية غير آلية ، وكان محل القرار لا يترتب ، لا ضرورة ولا منطقا على هذه الأسباب ، وانما يتوقف على ارادة الشخص المختص بتطبيق القانون .

ففى الحالة الاولى يكون القرار بمثابة عملية منطقية تؤدى فيها المقدمات الى النتائج ، ويمكن مقدما معرفة القرار الذى سيتخذ ، وعلى العكس ففى الحالة الثانية تستحيل معرفة القرار قبل تدخل المختص بتطبيق القاعدة . وهكذا فان السلطة التقديرية ، يمكن مباشرتها فى صدد عنصرى السبب والمحل فى آن واحد وهو الأمر الغالب قانونا .

ويشير الفقه الى رقابة القضاء الادارى فى هذه الحالة ، على أنها الرقابة على ملاءمة القرار الادارى ، بالرغم مما لاحظناه من اتساع نطاق اصطلاح الملاءمة ليشمل كافة جوانب السلطة التقديرية ، ولعل مرجع ذلك يعود الى أن رقابة القاضى لا تستند هنا الى موقف المشرع بقدر ما تستند الى القواعد القانونية الاخرى ، وذلك بملاحظة أن مخالفة محل القرار للقانون لا تقتصر على مخالفة التشريع الصادر عن السلطة التشريعية فحسب وانما تمتد الى أية مخالفة

لقاعدة قانونية سواء كانت دستورية أو تشريعية أو لائحية أو عرفية أو مستمدة من المبادىء القانونية العامة، فكلها مخالفة للقانون بمعناه الواسع العام.

فبالرغم من ان قانون مجلس الدولة الحالى يشير الى عيب المحل بأنه" مخالفة القوانين واللوائح" الا أن المستقر قضاء أن" المراد بالقانون هنا بمفهومه العام أى كل قاعدة أيا كان مصدرها سواء كان هذا المصدر نصا دستوريا أو تشريعيا تقرره السلطة التشريعية المختصة بذلك أم قرارا اداريا تنظيميا .. " والحق أن العناصر التى يقوم عليها مبدأ المشروعية ويستمد منها كيانه، هى ذاتها التى يعتبرها القضاء الادارى ملزمة للادارة فيما تتخذه من قرارات ادارية.

والواقع أن رقابة القضاء الادارى على" ملاءمة " القرار الادارى بالمعنى الضيق سالف الاشارة، تقوم أساسا على مطابقة محل القرار الادارى ببعض المبادىء القانونية العامة التى استخلصها القضاء فى مصر وفرنسا فى السنوات الاخيرة ، حيث برزت هذه المبادىء باعتبارها الحد الرئيسى للسلطة التقديرية التى تباشرها الادارة، علاوة على أن من شأن هذه المبادىء أن ترد العديد من مظاهر هذه السلطة التقديرية الى حظيرة المشروعية بعيدا عن رقابة الملاءمة ولو من الناحية النظرية المجردة .

فمع تزايد مظاهر السلطة التقديرية للادارة، والناجمة عن تخلى المشرع أو عجزه عن تقييد الادارة عند اتخاذها قراراتها الادارية ، التجأ القضاء الادارى الى قلعة الدفاع عن الحقوق والحريات، وسياج العدالة ضد كل تعسف أو استبداد، ممثلا فى المبادىء القانونية العامة، وذلك للحد من مباشرة الادارة لحريتها فى التقدير حتى لا تغدو سلطة مطلقة من كل قيد حقيقى أو فعلى، فظهرت عدة مبادىء قانونية عامة فى البناء القانونى فى مصر وفرنسا ، وكلها تقوم على اعلاء وضمان تحقيق العدالة عندما تمارس الادارة سلطتها التقديرية، ومن أهم هذه المبادىء التى ظهرت فى مصر وفرنسا مبدأ" التناسب " كما يطلق عليه فى فرنسا ،أو مبدأ" الغلو" كما يطلق عليه فى مصر، ومجال

تطبيقه الرئيسى هو قرارات التأديب، ومبدأ" التوازن بين المنافع والاضرار" ، والذى ظهر أساسافى فرنسا ومجاله قرارات نزع الملكية، ومبدأ" ضرورة الاجراء" وهو بدوره مبدأ ظهر فى فرنسا وذلك فى مجال قرارات الضبط الادارى ، ويمكننا أن نضيف الى هذه المبادىء، ما يعتنقه القضاء الادارى فى مصر بصدد قرارات الترقية بالاختيار وهو مبدأ عدم جواز تخطى الأقدم اذا تساوى مع الأحدث فى الكفاية أو الجدارة.

غير أن من أحدث ما أفرزته الرقابة القضائية على ممارسة السلطة التقديرية للادارة ، استناد القاضى الى أحد الاجراءات الداخلية التنظيمية وهو ما يطلق عليه اصطلاح" التوجيهات" ، لتكون بدورها من أهم ما يحد من مباشرة الادارة لحريتها فى التقدير ، مما يحق معه التساؤل عما اذا كانت هذه التوجيهات قد صارت من مصادر المشروعية الملزمة لها . بالرغم من أنها فى الأصل لا تعتبر من الأعمال القانونية .

خامسا : عنصر الغاية :

الغاية من القرار الادارى هو الهدف أو الغرض النهائى الذى تبتغيه الادارة من اتخاذ القرار الادارى . فالقرار الادارى ليس غاية فى ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق غرض معين هو المقصود من اتخاذه، فالغاية من قرار صادر بنقل موظف الى جهة عمل أخرى انما تستهدف حسن سير المرفق العام وفقا لمقتضيات العمل وظروفه واحتياجاته . والغاية من القرار باغلاق أحد محال بيع الاغذية هو توفير الصحة العامة ومن ثم كفالة النظام العام، ولذلك فان الأهداف المحددة للوظيفة الادارية تشكل فى نفس الوقت حدودا للسلطات الممنوحة للادارة ، بحيث يمكن القول فى بعض الحالات، أن الادارة قد "انحرفت" بأهدافها عن الاهداف المحددة لها ، و هو ما يشكل عيب "الانحراف بالسلطة" .

وتحديد الغاية من القرار، يتم وفقا لقاعدتين أساسيتين :

أولاهما : أن السلطات المخولة للادارة ـ ومنها سلطة اصـــدار القرارات الادارية ـ ليست غايات فى ذاتها ،وانما هى وسائل مقررة لتحقيق غايــة محددة وحيدة هى تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فان تخلف النصوص القانونية المحددة لأهداف التصرفات الادارية لا يعنى حرية الادارة فى اختيار هدفهـــا من التصرف الادارى ، وانما تلتزم جهة الادارة باستهداف المصلحة العامة عنــد اتخاذ هذه التصرفات والتى من بينها القرارات الادارية، وهو التزام لايحتـــاج الى نص اذ أن مصدره المبادىء القانونية العامة٠

ثانيتهما : انه اذا تصدى المشرع لتحديد أهداف بعض أنواع القرارات الادارية، فان الادارة تلتزم بأن تستهدف من اصدار هذه القرارات الاهـــداف المخصصة والمحددة لها فى القانون ، فلا يكون لها أن تبتغى هدفا آخر حتــى ولو رأت أو ادعت أنه يندرج فى نطاق المصلحة العامة، و بمعنى آخر حتى ولــو كان الهدف المخصص من شأنه تحقيق المصلحة العامة فى تقدير الادارة، وهــو الأمر الذى يطلق عليه " قاعدة تخصيص الأهداف" ٠

وعلى ذلك يعتبر القرار الادارى غير مشروع اذا استهدف غير المصلحة العامة، اذا لم يكن هناك نص، أو غير الأهداف المخصصة اذا نص القانون عليها وفى هذه الحالة يشوب القرار الادارى عيب" اساءة استعمال السلطة، أو كمـا يطلق عليه أيضا ، عيب" الانحراف بالسلطة " وهو ما يتحقق اذا استهـــدف مصدر القرار مصلحة شخصيه له كالانتقام أو الاضرار بالغير أو تحقيق مصلحـــة مالية لنفسه أولغيره ٠

وقد استقر الفقه فى مجمله تقريبا على أنه " أيا ما كان مدى السلطة التقديرية التى يعترف القانون بها للادارة فى نطاق معين فان أمرا واحـــدا لا يمكن أن يكون محلا للسلطة التقديرية وهو الهدف ٠٠٠ ان سلطـــة الادارة بالنسبة للهدف هى دائما سلطة مقيدة، و لا يمكن أبدا أن تكـــون سلطة تقديرية تخرج عن رقابة مجلس الدولة " ٠ و أحكام القضاء الادارى زاخرة بـــآلاف الدعـــاوى التى قضت فيها المحاكم بأن السلطة التقديريـــة

للادارة تجد حدها الطبيعي في الرقابة على عدم اساءة استعمالها او الانحراف بها ، اذ يتعين أن يستهدف القرار الاداري دائما الغرض المنصوص عليه قانونا ، وفي الحالة التي يغفل فيها النص القانوني تخصيص هدف معين لكل قرار على حده، فان الهدف لاينبغي أن يخرج بحال عن استهداف تحقيق المصلحة العامة والا شاب القرار عيب الانحراف بالسلطة .

ومع ذلك تساءل البعض عما اذا كان ربط نشاط الادارة بفكرة المصلحة العامة يمكن أن يجعل من سلطة الادارة سلطة مقيدة حتى في حالة عدم تحديد القانون لهدف معين ، وبمعنى آخر هل التزام الادارة العام باستهداف المصلحة العامة بمدلولها العام يكفي لاعتبار سلطة الادارة مقيدة دائما ؟

وردا على هذا التساؤل يرى صاحب هذا الاتجاه أنه يتعين عدم الخلط بين فكرة الاختصاص المقيد وبين ضرورة تقييد الادارة بفكرة المصلحة العامة كهدف لقراراتها وأعمالها ، وذلك لان الفرق بين الاختصاص المقيد وكون الادارة مقيدة باستهداف المصلحة العامة في جميع تصرفاتها هو أنه في حالة الاختصاص المقيد يوجد غرض معين ومحدد ضمن اطار المصلحة العامة بمعناها العام، وهذه هي حالة تخصيص الأهداف، أما فيما عدا ذلك من الحالات فان الادارة لن تكون ملزمة بغرض معين بذاته من أغراض المصلحة العامة، فقد تتمتع الادارة بسلطة تقديرية في اختيار غرض من عدة أغراض معينة ومحددة ضمن اطار المصلحة العامة، وقد لايحدد للادارة أية اغراض بصدد اختصاص ما ، وفي هذه الحالة فان الادارة تكون متمتعة بحرية واسعة للاختيار بين الاغراض الممكنة بشرط ألا تمارس اختصاصاتها لتحقيق أغراض شخصية أو سياسية أوعاطفية .

وعلى ذلك فاذا كانت القاعدة القانونية تتضمن غرضا واحدا مخصصا ، فان الاختصاص بالنسبة للهدف سيكون اختصاصا مقيدا ، اما اذا كانت هناك مجموعة من الاغراض نص عليها القانون ، أو كان النص القانوني يتضمن اصطلاحا عاما كاصطلاح" المصلحة العامة" أو" الأمن القومي" ، فستكون هناك فرصة للاختيار بين عدة أغراض ضمن هذه المجموعة من الاغراض المشار اليها ، و كل غرض يخرج عن هذه المجموعة يحقق دون شك حالة من حالات الانحراف بالسلطة .

بيد اننا لا نتفق مع هذا الاتجاه فيما انتهى اليه من وجود سلطة تقديرية للادارة في غير حالة "تخصيص الهدف" من قرار الادارة، حيث يكون للادارة حرية الاختيار بين عدة أغراض او أهداف مما تندرج تحت مدلول المصلحة العامة.

فالواقع أنه يلزم ملاحظة ان الهدف من التصرف الادارى ليس هو "المصلحة العامة" بذاتها، وانما هو" تحقيق المصلحة العامة" وعليه فاذا كانت هناك عدة أهداف من شأنها تحقيق مصلحة عامة، فان للادارة أن تختار من بين هذه الأهداف، ولكنها ليست مطلقة الحرية في هذا الاختيار، اذ يتعين عليها اختيار الهدف" الأكثر تحقيقا" للمصلحة العامة، وعلى سبيل المثال فقد يكون في زيادة الموارد المالية للدولة تحقيقا للصالح العام نظرا لما يعود على المجتمع من خدمات اضافية نتيجة هذه الزيادة المالية، غير أنه اذا كانت هذه الزيادة لا تتحقق الا بتقييد بعض الحريات العامة والحقوق الفردية. مثل حرية الصناعة والتجارة وحرية التنقل، فقد يكون من الأحرى تحقيقا للمصلحة العامة ايضا، الاستغناء عن تلك الزيادة المالية المتوقعة من التصرف الادارى، في سبيل المحافظة على الحقوق والحريات العامة، ومن ثم فليس للادارة الاختيار بين تحقيق المصلحة المالية للدولة وبين المحافظة على الحقوق والحريات العامة في صدد تصرفاتها او أعمالها القانونية وانما يجب عليها المفاضلة والموازنة بينهما لتحديد أيهما أكثر تحقيقا للصالح العام، أو بالأحرى أيهما يحقق المصلحة العامة الحقيقية فعلا، اذ أن تعارض هذه الأهداف يعنى أن أحدهما فقط هو الذى يحقق المصلحة العامة الحقيقية في حين أن الأهداف الأخرى ليست كذلك، فليس من المنطقى أن توجد في آن واحد مصلحتين عامتين بشأن تصرف واحد.

ومن هذا يتضح أنه ليس للادارة سلطة تقديرية في شأن تحديد الهدف من تصرفاتها، وهذا ما يعتنقه القضاء الادارى، ففي حالة تخصيص هدف للادارة من تصرفها، فانه لايجوز اتخاذ أى من التدابير أو الاجراءات التى يجيزها الشارع" لتحقيق هدف آخر مغاير للهدف الاساسى الذى قصد اليه الشارع ولو رأت الادارة أن هذا الهدف يحقق الصالح العام بمعناه الشامل

وذلك تطبيقا لقاعدة أصولية هي المصطلح على تسميتها قاعدة تخصيص الاهداف، وجزاء مخالفة تلك القاعدة انه اذا أصدرت الهيئة التى خولها الشارع قـــرارات تتضمن أيا من تلك التدابير والاجراءات فى حدود ما فرضت فيه وقصدت من ذلك الى تحقيق هدف يجاوز نطاق الغاية التى قصد اليها الشارع، كانت تلـــك القرارات مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة التى يتمثل فى عدم احترام الادارة باعتبارها معبرة عن رأى الشارع لركن الغاية من التشريع ، ومن ثم تكون تلك القرارات باطلة .

أما فى الحالات الأخرى، فان تحديد الهدف أو بالأحرى المصلحـة العامة، هو أمر يخضع لولاية القاضى نظرا لعدم وجود نص يحدد لـــلادارة هدفها من ممارسة السلطة، لأن الأصل" انه ليس للجهة الادارية أن تمـــارس الاختصاص المخول لها الا لتحقيق الهدف من هذا الاختصاص... واذ يسكـت النص عن تحديد هدف للاختصاص المقرر فانه يكون من حق القضاء الادارى أن يحدد الهدف من هذا الاختصاص بما له من ولاية الاجتهاد والتفسير ومسترشدا فى ذلك على الأخص بطبيعة ذلك الاختصاص .

فاذا رأى القاضى ــ مثلا ــ أن الادارة قد أصدرت لائحة مستقلة فـــى موضوع يتعلق بالحريات العامة، فانه بعد تحديد طبيعة هذه اللائحة، يمكنـــه أن يفرض على الادارة احترام الهدف المخصص للوائح الضبط بحيث يتأكد من أنها استهدفت تحقيق النظام العام بمدلولاته المحددة، حيث أن سلطة الادارة فى مثل هذه الحالة هى سلطة مقيدة فلا تملك اللائحة المساس بالحريات العامة الا بهدف حفظ النظام فقط .

وحقيقة الأمر أن الاصل فى تحديد الهدف من تصرفات الادارة، أن يتولى المشرع هذا التحديد، وهو ما يتحقق فى حالات تخصيص الاهداف، غيــر أنه ازاء استحالة تحديد المصلحة العامة من وراء كل قرار او تصرف ادارى، فان المشرع ــ مضطرا ــ يتخلى عن هذا التحديد لتتولاه الادارة بنفسها ، و لكـــن

دون أن يعني ذلك تمتعها بحرية في تقدير المصلحة العامة، أو سلطة تقديرية في تحديدها . فليس للادارة هنا أي قدر من الحرية او السلطة ، ولذلك فان تحديدها — وليس اختيارها أو تقديرها — للمصلحة العامة التي تستهدف تحقيقها من وراء قرارها الاداري ، يخضع لرقابة صارمة من جانب القضاء الاداري . للتثبت حقا من أن ما استهدفه القرار الاداري كان تحقيق المصلحة العامة فعلا .

والخلاصة أن الادارة وان كان واجبا عليها تقدير المصلحة العامة من قراراتها الادارية . في حالة عدم تخصيص المشرع لاهداف معينة لهذه القرارات . الا أن هذا التقدير لايمثل بالنسبة للادارة أي قدر من الحرية أو السلطة . ومن ثم للقاضي الاداري الحق الكامل في التعقيب على هذا التقدير تثبتا منه للهدف الحقيقي من اصدار القرار الاداري .

والقرارات الادارية تتمتع بقرينة قانونية تفترض انها تستهدف المصلحة العامة او الهدف المخصص لها في القانون ، ومن ثم فعلى من يدعي عكس ذلك اثبات دعواه . وهو الامر الذي يتسم بالصعوبة في كثير من الاحوال ، وذلك لاتصال عنصر الغاية من القرار الاداري بمقاصد ونوايا من أصدره ، ولايخفى على أحد ما يثيره البحث في النوايا والدوافع من صعوبات ، ولذلك فمن الملاحظ ان القضاء الاداري عندما يتولى فحص القرار الاداري لاثبات عدم مشروعيته ، فانه يحرص أولا على فحص عناصر السبب والمحل ، فاذا ما تبين له عدم مشروعية أحدهما ، سارع بالغاء القرار الاداري لعدم مشروعية هذا العنصر دون أن يحاول اثبات مشروعية أو عدم مشروعية عنصر الغاية من القرار ، ولذلك فمن الشائع القول بأن عيب الهدف أو الغاية ، هو عيب احتياطي لا يلجأ القاضي الاداري الى اثباته الا بعد أن يتحقق من مشروعية كافة العناصر الاخرى للقرار الاداري .

وقد أدرك القضاء الاداري بخبرته أن المدعي لو ترك وشأنه اعتمادا على ملف الدعوى فانه سوف ينوء حتما بعبء الاثبات ، فباستثناء حالة اعتراف الادارة بخطئها وهي حالة نادرة تماما . وكذلك حالة ما اذا اطلت الادارة

عن هدفها من القرار الاداري ، الذي اخضعه المشرع لقاعدة تخصيص الاهداف، وكان الغرض المعلن مخالفا للهدف المنصوص عليه قانونا ، فمن المؤكد أن المدعي سيلقى صعوبة بالغة في اثبات العيب٠

وعليه فانه انطلاقا من حرص القضاء الاداري على اعلاء المشروعية ، فانه تجاوز " ملف الدعوى " في مجال اثبات عيب الغاية الى غيره من الادلة التي يمكن للمدعي تقديمها ، وهي مجموعة من القرائن من شأنها التشكيك في نوايا الادارة وسلامة غايتها من وراء اصدار القرار ، بحيث ينتقل عبء اثبات عكس هذه القرائن الى عاتق الادارة ذاتها ، فاذا سكتت أو لم تقدم الاجابة الشافية التي تقنع القاضي، اعتبر ذلك منها تسليما بطلبات المدعي، وبذلك قضت محكمة القضاء الاداري بأن لها ، " أن تقدر امتناع الوزارة عن نقض القرائن التي يقدمها المدعي للتدليل على أن القرار لايمت الى المصلحة العامة، وتعقب عليه بما تستنتجه من أوراق الدعوى " ٠

ومن أهم القرائن التي يأخذ بها القضاء الاداري في هذا الصدد :

١ ــ الظروف المحيطة باصدار القرار الاداري وكيفية تنفيذه٠
٢ ــ انعدام الدافع المعقول المبرر لاصدار القرار الاداري٠
٣ ــ التمييز والمحاباة بين الافراد، ولو لم يكن من شأنها الاخلال بمبدأ المساواة، وذلك دون أساس أو مبرر مشروع ٠

ويجمع بين هذه القرائن وغيرها مما قد يستند اليها القضاء الاداري لاثبات عيب الغاية نظرية " الخطأ الظاهر في التقدير" كما يطلق عليها في فرنسا ، أو " عدم الملاءمة الظاهرة" كما يطلق عليها بحق في أحكام القضاء الاداري المصري، و هي تقوم على أن القاضي الاداري هو قاضي المشروعية، ولكنه في حالة ما اذا واجه سلطة تقديرية واسعة للادارة بصدد ملاءمة أحد عناصر القرار الاداري، وعلى وجه الخصوص ملاءمة عنصر السبب فيه، سواء من حيث وجوده المادي أو التكييف القانوني له او من حيث علاقته بعنصر المحل

فى القرار ، فانه يملك فحص جوانب الملاءمة المشار اليها ، الاأنه لايملك الحكم بالغاء القرار لهذا السبب أى لعدم الملاءمة ، ومع ذلك فاذا تبين للقاضى الادارى ان عدم الملاءمة فى القرار الادارى ، وفقا للقرائن سالفة الذكر ، قد بلغ مرتبة من الجسامة والوضوح مما يمكن اعتباره بمثابة الخطأ الظاهر أو البين فى التقدير ، فان ذلك يعد قرينة على عيب الغاية فى القرار الادارى ، ومن ثم يجوز بل ويتعين على القاضى فى مثل هذه الحالة أن يحكم بالغاء هذا القرار لعدم مشروعيته لما شابه من عيب الانحراف واساءة استعمال السلطة .

الفرع الثالث
دور القضاء الادارى فى الرقابة على عناصر القرار الادارى

من المستقر فقها أن القاضى الادارى هو قاض للمشروعية فحسب ، فهو "يقضى ولا يدير" ، والاساس الأول الذى يحكم اختصاص القضاء الادارى هو مبدأ الفصل بين الادارة والقضاء ، ومعنى ذلك أنه حين يطلب من القاضى أن يتدخل فى منازعات الادارة ، فانه لايكون له الا أن ينطق بالقانون فى هذه المنازعات ، و هو لذلك لا يناقش العمل الادارى موضوع الدعوى الا من حيث مخالفته أو مطابقته للمشروعية مع ما يترتب على ذلك من آثار ، دون أن يمتد بولايته الى الملاءمات الادارية ، لأن ذلك من أخص وظائف الادارة واطلاقاتها .

وهكذا استقر الفقه فى غالبيته على أن القاضى الادارى لا يراقب ملاءمة القرارات الادارية ، ولا يراقب ممارسة السلطة التقديرية ذاتها ، وانما يراقب فحسب مشروعية العمل الادارى ، مع ملاحظة أن هذه المشروعية لا تتحدد بحسب موقف المشرع من تقييد سلطة الادارة بشأن هذا العمل أو منحها حرية تقديره ، وانما كذلك بحسب موقف القضاء من هذا العمل ، حيث يأتى دوره لاحقا لدور المشرع ، لاستكمال عناصر التقييد من خلال المبادىء العامة للقانون ، و ليس لتحويل الاختصاص التقديرى الى اختصاص مقيد كما قد يعتقد البعض . و والقاضى فى ذلك انما يمارس وظيفته المكلف بها وهى

السهر على احترام مبدأ المشروعية والتزام الادارة لحدوده عند ممارستها لسلطة اتخاذ القرار الادارى .

وقد بذل الفقه أقصى الجهد فى سبيل انكار وجود رقابة قضائية على ملاءمة القرارات الادارية، و تفسير الرقابة على هذه القرارات وفقا لحدود المشروعية ومقتضياتها بعيدا عن اطار الملاءمة ، باعتبار أن الملاءمة هى مسألة تتصل بالادارة الجيدة أو الادارة السيئة، فهى مسألة واقع تدخل فى اطار الادارة بمعناها الفنى وليس القانونى أى أنها من مسائل الفن الادارى وليس القانون الادارى ،وبالتالى تختص بها الادارة وحدها ، بأن تحدد دون غيرها مدى ملاءمة تصرفاتها .

وفى تقديرنا أن القاضى الادارى هو حقا قاض للمشروعية دون الملاءمة، وليس له الا أن يكون كذلك، ولكن بمعنى أنه لايملك الحكم بالغاء القرار الادارى لعدم الملاءمة أو الحلول محل الادارة فى صميم عملها ، دون أن يتعارض ذلك مع سلطته فى فحص هذه الملاءمة ان كان من شأن ذلك اثبات عيب من عيوب المشروعية فى القرار الادارى .

وفى هذا الصدد يتعين ملاحظة أن تخلى المشرع عن تقييد الادارة فى شأن مسألة ادارية ما، لا يفيد حتما تمتع الادارة بسلطة تقديرية فى الجوانب التى لم يقيدها المشرع فيها ، اذ من المتصور أن يكون مرجع عدم التقيد هوعجز المشرع من الناحية الفنية أوالقانونية عن ذلك، وليس التخلى بارادته الحرة عن التقييد مع توافر القدرة عليه بهدف منح الادارة السلطة التقديرية، ومثال ذلك اجراءات الضبط الادارى ، فمن العسير على أى مشرع مهما بلغت امكاناته الفنية أن يحدد سلفا الوقائع التى من شأنها الاخلال بالنظام العام، و التدابير التى يمكن بمقتضاها مواجهة هذا الاخلال دون مساس بالحقوق والحريات العامة الا بأقل قدر ممكن من التدابير التى تعوق ممارسة هذه الحقوق وتلك الحريات ، ففى مثل هذه الأحوال يكون من سلطة القاضى الادارى أن يبحث عما اذا كانت هناك قيود ترد على سلطة الادارة فى اتخاذ القرار الادارى محل هذه المسألة، فى المصادر الاخرى للقانون –

خلاف التشريع ـ وخاصة في المبادىء القانونية العامة التي لاخلاف على التزام الادارة بها مثل التزامها بالتشريع، فاذا تبين للقاضي وجود بعض المبادىء التي من شأنها تقييد سلطات الادارة بصدد هذه المسألة، كان له الغاء القرارات المخالفة لتلك المبادىء دون أن يعد ذلك تدخلا منه صميم عمل الادارة، أو الحلول محل الادارة في ممارسة سلطتها التقديرية، وذلك لسبب وحيد وبسيط هو أن الادارة ليس لها هذه السلطة بصدد تلك المسألة، والامر هنا ليس أمر استثناء يرد على قاعدة أن القاضي الاداري قاض للمشروعية دون الملاءمة، وانما هو مجرد انتقال لعناصر التقييد من دائرة التشريع إلى دائرة المبادىء القانونية العامة، وذلك ازاء عجزالمشرع عن التدخل بتقييد الادارة سلفا، ومن ثم يحل محله القاضي بقدرته على التحديد بدلا من العمومية والتجريد.

ومن ناحية أخرى، فانه اذا تبين أن للادارة بشأن مسألة ما سلطة تقديرية حقيقية، حيث لم يرد في القانون بالمعنى الواسع أي قيد على هذه السلطة بصدد تلك المسألة، فهنا أيضا لايمكن التسليم بأن حرية الادارة في التقدير هي حرية مطلقة، فليس من المقبول في دولة قانونية حقه أن تكون بها سلطات مطلقة لانها دون ريب ستتحول الى تسلط مطلق. وعليه فان تخلي القانون عن تقييد الادارة في مسألة ما لا يستتبع حتماتخلي القضاء عن ممارسة وظيفته في الرقابة على أعمال الادارة المتصلة بهذه المسألة التي تتمتع الادارة بشأنها بسلطة تقديرية، فالقاضي الاداري لا يراقب في هذه الحالة تلك السلطة التقديرية أو أسلوب مباشرتها، وانما يراقب العمل محل تلك السلطة ليتأكد من توافر كافة شروط مشروعيته، و خاصة من حيث عنصر الغاية، فيتحرى عما اذا كانت الادارة عند اتخاذها لهذا العمل قد وضعت نفسها في أفضل الظروف والاحوال لتقديرمناسبة العمل وملاءمته بعيدا عن البواعث الشخصية وبروح موضوعية أم لا ؟ فاذا تبين له انتفاء ذلك وكان واضحا له عدم الملاءمة الظاهرة في هذا القرار، جاز له ان يعتد بهذه القرينة باعتبارها دليلا مقنعا على عيب الغاية في القرار الاداري محل الطعن أي الانحراف بالسلطة واساءة استعمالها، وهو دون خلاف من عيوب المشروعية، بالرغم من أن اثباته قد يتم عن طريق فحص ملاءمة القرار محل الطعن.

وفى كل الاحوال ليس من شأن هذه الرقابة المساس بحرية التقدير المخولة للسلطة الادارية، فعندما يطبق القاضى المبادىء القانونية العامة ، فانه لا يطبقها بهدف اهدار السلطة التقديرية للادارة وحرمانها من حرية التقدير تماما ، وانما يطبقها فقط ضمانا للمشروعية واعلاء لكلمة القانون ، وعلى سبيل المثال ، فان تطبيق مبدأ التناسب بين عنصرى السبب والمحل فى القرارات التأديبية مثلا ، لا يؤدى الى الحرمان المطلق لحرية الادارة فى تقدير ملاءمة هذه القرارات ، حيث يبقى للادارة مراعاة بعض الوقائع الهامة مثل السوابق التأديبية للموظف وموقفه العائلى وحالته الصحية ، وهى ظروف واقعية تؤثر حتما على ملاءمة القرار التأديبى بعيدا عن التناسب أو الغلو فى تقدير الجزاء ، كما أنه فى اطار تطبيق مبدأ التناسب أو الغلو ، ليس من سلطة القاضى الادارى أن يتصدى بتحديد الجزاء المناسب ، وكل ما يملكه هو الغاء القرار التأديبى المخالف لمبدأ التناسب أو الغلو ، و اعادة الامر بالتالى للسلطة التأديبية المختصة لاعادة التقدير مرة أخرى واختيار العقوبة المناسبة ، ولكن ليس من بين كافة العقوبات المقررة قانونا ، وانما من بين العقوبات الأكثر ملاءمة للصالح العام فى صدد هذه المخالفة التأديبية على وجه الخصوص ، اذ من غير شك يمكن توافر هذه الملاءمة أو هذا التناسب فى عقوبتين أو ثلاثة يمكن الاختيار من بينها ، فالمهم أن يتوافر التناسب المعقول أو المبرر بين المخالفة التأديبية والجزاء الذى يتم اختياره من جانب الادارة فى كل الأحوال .

ولذلك فقد يكون صحيحا ما أبداه جانب من الفقه من رأى بأن "القول بأن الرقابة القضائية لا تتطرق الى ملاءمات العمل الادارى تعتبر فى رأينا أكثر الأوهام رواجا فى عالم القانون ، فالصحيح أن القضاء الادارى يمارس هذه الرقابة فى مناسبات كثيرة" ، فى حين أنه ليس صحيحا القول بأن الرقابة القضائية قد أصبحت تتاخم حدود الرقابة على الملاءمة وتكاد أن تقتحم أرضها ، فالواقع أنه اما أن تكون هناك رقابة قضائية على الملاءمة أو لا تكون هناك هذه الرقابة ، ومع ذلك فالامر ليس أمر وجود أو عدم وجود هذه الرقابة ، اذ المهم هو نتيجة هذه الرقابة ، وهل يملك القاضى الادارى أن يحكم بالغاء القرار الادارى لعدم الملاءمة أم لا ؟ ، فاذا كانت الاجابة بنعم كان القاضى الادارى قاض للملاءمة ،

الى جانب المشروعية، أما اذا كانت الاجابة بلا ــ وهى كذلك ــ فهو على الدوام قاض للمشروعية دون الملاءمة ، وإن كان ذلك لايمنع من فحص الملاءمة والتطرق اليها للتوصل الى أحد عيوب مشروعية القرار محل الطعن، فحينما لا يوجــد نص صريح يمنع القاضى صراحة من التعرض للملاءمة فليس فى تقديرنا ثمــة مانع من التطرق اليها اذا كانت تمثل الطريق الوحيد للتوصل الى اثبــات عدم المشروعية، وفى ذلك اعمال لنص المادة ٦٨ من الدستور التى تحظر تحصين أعمال الادارة أو قراراتها من رقابة القضاء ، بالتنسيق مع المادة العاشرة مــن قانون مجلس الدولة الحالى التى حددت أوجه الغاء القرارات الادارية بعيــوب الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القانون أو اساءة استعمال السلطة .

وفى هذا الاطار الذى يحدد دور القاضى الادارى فى مواجهة السلطة التقديرية للادارة، لن يكون من السائغ القول بأن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة تمثل افتئات على استقلال الادارة المقرر لها بمقتضى مبدأ الفصل بين السلطات لان القاضى فى رقابته على سلطة الادارة التقديرية انما يقــوم باحلال تقديره الشخصى محل تقدير جهة الادارة، ويمارس أحد اختصاصاتــه وبهذه المثابة فانه يخرج عن دوره كقاضى مشروعية ليصبح رئيسا أعلى للادارة.

والواقع أنه على خلاف هذا الرأى، فان القاضى الادارى عندما يباشــر رقابته على العمل الادارى، فان كل ما يقضى به فى مثل هذه الحالة أن هــذا العمل لايحقق المصلحة العامة نتيجة عدم ملاءمة التقدير الذى قامت به الادارة ومن ثم عليها أن تعيد مرة أخرى هذه العملية للتوصل الى تحقيق هذا الهدف، وبذلك فانه لايحل نفسه محل رجل الادارة، ولا يقوم بهذا التقدير بــداءة، فالتقدير قائم وموجود سلفا ، وقد قام به رجل الادارة من قبل ، ثم جاء القاضى ليباشر رقابته على هذا التقدير الموجود أصلا ، وفى النطاق الذى جرى فيــه من جانب رجل الادارة.

ودور القاضى فى فحص هذا التقدير انما يدخل ضمن حدود وظيفتــه الأصلية فى الرقابة على مشروعية أعمال الادارة، حيث تتحدد سلطتــه ازاء

القرارات الادارية عموما أما بالالغاء أو بالابقاء، فهو اذن لا يحل نفسه محل الادارة ولا يغتصب سلطتها في اتخاذ القرار، وليس في استخلاص أحد عيوب المشروعية من خلال فحص الملاءمة أي مساس بالادارة وسلطاتها واختصاصاتها، فالقاضي لا يقف في طريق الادارة وانما يقف في طريق انحرافها بالسلطة بهدف الحيلولة دون أن تكون هذه السلطة التقديرية سلطة تحكمية أو تعسفية أو مطلقة .

فالمسألة اذن تدور حول سلطات القاضي في دعوى الغاء القرارات الادارية ، والاصل فيها ان القاضي لايملك الا الغاء القرار الاداري لعدم مشروعيته، فاذا رأى الابقاء عليه لمشروعيته حكم برفض الدعوى موضوعا ، والغاء القرار الاداري لعدم المشروعية يستوجب أن يشوب القرار أحد عيوب المشروعية المتصلة بعناصر القرار وهي الشكل والاختصاص والسبب والمحل والغاية ، ومن ثم فليست العبرة بالوسيلة التي يتوصل بواسطتها القاضي الى اثبات هذه العيوب، سواء تطلبت الرقابة على جوانب المشروعية وحدها أم استلزمت فحص جوانب الملاءمة كذلك، فالقاضي الاداري ليس ممنوعا من فحص كافة جوانب القرار الاداري أو أي منها على وجه الخصوص، ولكنه ممنوع من الحكم بالغاء القرار لعدم الملاءمة ، وليس في ذلك أي اعتداء أو حلول أو نيل من سلطة الادارة التقديرية .

والخلاصة أن القضاء الاداري يمارس من خلال وظيفته كقاضي للمشروعية الادارية، دورا متعاظم في الحد من السلطة التقديرية للحيلولة دون تحولها الى سلطة تعسفية، وذلك من خلال فرض احترام الادارة للمبادىء القانونية العامة، علاوة على مصادر القانون الاخرى بطبيعة الحال ، والتي من شأنها سد النقص في التشريع بصدد سلطات الادارة في الموضوعات المختلفة ، علاوة على بسط رقابته الى حد فحص تقدير الادارة الملزمة لملاءمة قراراتها الادارية، اذا كان ذلك سبيلا الى التوصل الى عيب عدم المشروعية الذي يشوب هذه القرارات ، وخاصة عيب الغاية أو الانحراف بالسلطة واساءة استعمالها .

المبحث الثانى
تنفيذ القرار الادارى

القرار الادارى بطبيعته تصرف ملزم للمخاطبين بأحكامه وأيضــــا للجهة الادارية التى أصدرته، غير أنه يلزم لنفاذ القرار الادارى فى مواجهـــة الافراد المخاطبين بأحكامه أن يعلموا بصدوره، ولذلك فانه يشترط لنفـــاذ القرار الادارى العلم به من جانب الادارة وهو ما يتحقق بمجرد اصداره، ومـن جانب الافراد وهو ما يتحقق بشهره اليهم وفقا للقانون .

بيد أن التزام الادارة والافراد بتنفيذ القرار الادارى لا يبدأ حتمــا لمجرد نفاذه فى حقهم اذ قد يختلف تاريخ سريان القرار أى تاريخ البدء فـــى تنفيذه عن تاريخ نفاذه فى حقهم، وهو ما يوجب علينا دراسة نفاذ وسريـــان القرارات الادارية على وجه التفصيل .

والاصل أن يقوم الافراد بتنفيذ القرار الادارى طواعية واختيـــارا ، فان لم يقوموا بذلك، جاز للادارة فى حالات معينة وبشروط محددة أن تلجــأ الى التنفيذ المباشر للقرار الادارى على الأفراد باستخدام القوة الجبرية فى ذلك.

وأخيرايجوز للأفراد المخاطبين بأحكام القرار الادارى أن يطلبـــوا وقف تنفيذ القرار عليهم بالرغم من نفاذه وسريانه فى حقهم .

وعليه نتولى دراسة هذه الموضوعات بالتفصيل اللازم على النحــو التالى :

المطلب الأول
نفاذ وسريان القرار الادارى

(أ) نفاذ القرار الادارى :

القاعدة العامة بالنسبة لجهة الادارة أن القرار الادارى يكون نافذا فى مواجهتها من تاريخ صدوره، ما لم يكن معلقا على شرط واقف كتوافر الاعتماد المالى اللازم للتنفيذ مثلا. وعليه يرجع الى تاريخ الاصدار لتقدير صحة ومشروعية القرار فى مختلف عناصره سيما عنصر الاختصاص فيه، ولا تستطيع الادارة أن تحتج بعدم شهر القرار لكى لا تلتزم بتنفيذه، لأن الشهر يستهدف احاطة المخاطبين بأحكام القرار علما بمحتوياته، ويفترض فى اصدار القرار الادارى أنه يعنى علم الادارة بالقرار ومحتوياته، ولذلك أجاز القضاء للادارة أن تبدأ باجراءات التنفيذ للقرارات قبل شهرها دون أن يلتزم الأفراد به قبل علمهم بالقرار، ومع ذلك يجوز للأفراد المطالبة بتنفيذ القرارات الادارية التى علموا بها بالرغم من عدم شهرها من جانب الادارة.

أما بالنسبة للأفراد المخاطبين بأحكام القرار الادارى، فانهم لا يلتزمون بتنفيذه ما داموا لا يعلمون به أو لم يتم شهره عليهم بالطريق القانونى المقرر ، وهو اما أن يكون الاعلان أو النشر.

والأصل أن شهر القرارات الادارية يكون باعلانه الى المخاطبين بأحكامه جميعا وذلك باخطارهم بالقرار بالوسيلة التى تكفل وصول العلم به الى صاحب الشأن بطريقة مؤكدة ، غير أنه تحول طبيعة بعض القرارات دون معرفة من يتعين اعلانهم به من الافراد ، ومن هنا استقر القضاء على أن الادارة لا تلتزم باعلان القرار الادارى الا حيث يكون القرار فرديا يصيب شخصا بذاته أو عددا من الأشخاص محددين بذواتهم أيضا، أما حيث يستحيل ذلك ، وهو ما يتحقق بالنسبة لكافة القرارات الادارية اللائحية وهى القرارات التى تتسم بالعمومية والتجريد بما لا يسمح بامكان تحديد من تسرى عليهم أحكامها

بذواتهم، فان النشر يقوم مقام الاعلان فى حمل القرار التنظيمى العـــــام (اللائحى) الىعلم أصحاب المصلحة فيه. (١٦)

وعليه فبالرغم من أن النشر كالاعلان وسيلة لاثبات العلم بالقـــرار المطعون فيه، الا أن المساواة بين الوسيلتين ليست قائمة، فالاصل هـــو الاعلان والنشر هو الاستثناء، بحيث لايكفى النشر حيث يكون الاعلان قائما. (١٧)

والغالب أن يحدد القانون وسيلة النشر، كالنشر فى الجريدة الرسمية مثلا، وفى هذه الحالة يلزم نشر القرار اللائحى وفقا لهذه الوسيلة ، فاذا لـم يتدخل القانون بتحديد وسيلة نشر معينة، فان الادارة تتمتع بحرية واســعـة فى اختيار طريقة النشر المناسبة.

ولكى يعتبر القرار الادارى صحيحا معتدا به قانونا ، يجب أن يحقق العلم الحقيقى الكافى بعناصر القرار الادارى اللازمة وخاصة الجهة مصـــدرة القرار ومضمون القرار بتفاصيله على النحو الذى يمكن الافراد من تحديد موقفهـم ازاء هذا القرار.

فاذا كان الشهر صحيحا على هذا الوجه ، كان القرار نافذا فـــى مواجهة الافراد المخاطبين بأحكامه ، وأصبحوا ملتزمين بتنفيذه منذ تاريـــخ سريانه، ويبدأ ميعاد الطعن ضد هذا القرار بالالغاء منذ تاريخ نفـــاذه أى تاريخ الشهر الصحيح قانونا.

بيد أن القضاء الادارى لا يرى النشر والاعلان الا كقرينتين علـــى وصول القرار الى علم صاحب الشأن، ومن ثم استقر على أنه ليس ثمة مـــا

---

(١٦) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٠/٩/٢١ قضية ٤٤ لسنة ٢ ق، المجموعة السنة ٥ ص ١٢٥٨.

(١٧) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٧/٤/٢٤ قضية ٢٠١ لسنة ١٨ ق، المجموعة السنة ٢٢ ص ٥٨.

يمنع ثبوت العلم بدونهما متى قام الدليل القاطع وفقا لظروف النزاع وطبيعته على علم صاحب الشأن بالقرار علما يقينيا لا ظنيا ولا افتراضيا ، شاملا لجميع محتويات هذا القرار ومؤداه ، فمتى قام الدليل على ذلك بدأ ميعاد الطعن من تاريخ ثبوت هذا العلم دون حاجة الى نشر القرار أو اعلانه، اذ لا شأن للقرائن حيث يثبت ما يراد بها ثبوتا يقينيا قاطعا ، وخاصة اذا كان الطاعن فى مركز يسمح له بالعلم التام بمحتويات القرار وتفاصيله (١٨) ٠

وعليه يضاف الى وسائل النشر والاعلان هذه الوسيلة الثالثة والتى يطلق عليها " العلم اليقينى" ٠

(ب) سريان القرار الادارى :

الأصل أن تاريخ سريان القرار الادارى ، أى البدء فى تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه ، هو ذاته تاريخ نفاذ القرار الادارى أى تاريخ صدوره بالنسبة للادارة وتاريخ العلم به بالنسبة للأفراد ، ومع ذلك فان الادارة قد ترى فى بعض الحالات لاعتبارات معينة، أن تفصل بين هذين التاريخين ، وذلك بارجاع آثار القرار الى تاريخ سابق على تاريخ نفاذه ، وهو ما يسمى بالسريان بأثر رجعى، أو على العكس بارجاء اثاره الى تاريخ لاحق ، وهو ما يسمى بارجاء السريان للمستقبل ٠

بيد أن القاعدة العامة هى عدم جواز رجعية القرار الادارى ومن ثم سريانه بأثر مباشر وعدم مساسه بما تم من مراكز قانونية قبلا وذلك استنادا الى ضرورة احترام الحقوق المكتسبة، و فكرة استقرار المعاملات ، ولضمان احترام قواعد الإختصاص الزمانى بين السلطات الادارية المتعاقبة، ولغياب الباعث المشروع لاقرار الرجعية فى القرارات الادارية ٠

---

(١٨) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٤/٢/١٦ قضية ٣٢ لسنة ١٩ق المجموعة السنة ١٩ ص ١٤٣ ٠

ومع ذلك يعترف القضاء الادارى باستثناءات قليلة على مبدأ عـــدم رجعية القرارات الادارية، وهى تتلخص فى حالات : وجود نص تشريعى سارى بأثر رجعى ومن ثم فان القرارات التنفيذية له تكون أيضا رجعية ما لم ينـص المشرع على خلاف ذلك،وأيضا القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام الالغاء الصـادرة من القضاء الادارى وهى أحكام تؤدى الى بطلان القرار محل الطعن واعتباره كأن لم يكن وبالتالى يترتب عليه بالضرورة بعض الاثار التى تسرى على الماضى ، والاستثناء الثالث يتصل بالقرارات اللائحية فى المجال الجنائى وذلـك اذا كانت أصلح للمتهم وذلك قياسا على القوانين الاصلح للمتهم، وأخيرا اذا كانت طبيعة الاختصاص تقتضى اصدار قرارات رجعية، كما لو قرر المشرع للادارة سلطـة اصدار قرارات معينة تسرى خلال فترة زمنية محددة دون الزامها باصدارها قبـل بداية هذه الفترة المحددة، فان صدورها فى تاريخ لاحق خلال تلك الفتـرة لايجعلها باطلة وتسرى القرارات بأثر رجعى من تاريخ بداية الفترة.

أما بالنسبة لارجاء آثار القرار الادارى للمستقبل فانه أمر غير جائـز كقاعدة عامة بالنسبة للقرارات الفردية، ما لم تستلزم ذلك ضرورات سيـر وادارة المرفق العام، وذلك احتراما للحقوق المكتسبة ولقواعد الاختصاص الزمانـى للسلطات الادارية، ولكن الامر يختلف بالنسبة للقرارات اللائحية حيث يمكـن للادارة ارجاء آثار اللائحة للمستقبل على أساس أن اللوائح لايتولد عنها الا مراكز نظاميةعامة لايمكن مواجهتها بفكرة الحقوق المكتسبة، خاصة وأن هذا الارجـاء لن يحرم السلطة الادارية القائمة وقت سريان اللائحة من تعديلها واستبدالهـا بما يتفق مع مقتضيات سير المرافق العامة والحياة الادارية.

بيد أنه فى جميع الاحوال يلزم وجود باعث مشروع لارجاء آثـار القرار وخاصة اذا كانت مدة الارجاء تصل الى تاريخ بعيد، اذ يمكـن للقاضى الغاء القرار لانعدام سببه الحال .

المطلب الثانى
أساليب تنفيذ القرار الادارى

تنفيذ القرار الادارى أمر يختلف عن نفاذه فى ذاته ، فالنفاذ عملية قانونية تتم بالشهر والاصدار كما سلف توضيحه، أما التنفيذ فهو عمل مادى لاحق لنفاذ وسريان القرار، قد يتم مباشرة وقد لا يتم الا بعد فترة لسبب أو لآخر ، فقرار التعيين هو قرار نافذ فى مواجهة الادارة بمجرد صدوره ، وفى مواجهة من تم تعيينه بمجرد علمه بالقرار وموافقته عليه ، ولكن تنفيذه لا يتحقق الا باستلام الموظف المعين العمل ومباشرته لاختصاصاته.

والقرار الادارى بحسب الاصل واجب التنفيذ طواعية و اختيارا من جانب أطرافه، والغالب ألا تثور مشكلة تنفيذ الادارة لقرارها حيث من الصعب تصور اصدارها لقرار ادارى لا ترغب فى تنفيذه، ومع ذلك يمكن لذوى المصلحة اجبار الادارة على التنفيذ ، اذا امتنعت عنه لسبب أو لآخر عن طريق القضاء ، وذلك بالطعن فى قرارها (السلبى) بعدم التنفيذ والامتناع عنه.

أما بالنسبة للافراد الذين يرتب القرار عليهم التزامات معينة، فانه اذا رفض أيهم تنفيذ هذه الالتزامات طواعية واختيارا ودون مماطلة فان للادارة أن تلجأ اما الى القضاء لاجباره على تنفيذ الالتزام أو الى اسلوب التنفيذ الجبرى المباشر وذلك وفقا للقانون.

والالتجاء الى القضاء هو الوسيلة الطبيعية لاجبار الافراد على تنفيذ التزاماتهم ، وذلك بالحصول على حكم قضائى بتنفيذ القرار الادارى بالقوة الجبرية ، وللادارة أن تلجأ الى هذا الأسلوب اذا قدرت أنه أكثر ملاءمة بحسب ظروف الحال ، ومع ذلك فهو أمر نادر الوقوع بالرغم من أنه يمثل ضمانات أكبر للأفراد ولحرياتهم من أسلوب التنفيذ الادارى المباشر، ولذلك فان الادارة لا تلجأ للقضاء ـ المدنى فى هذه الحالة ـ وذلك لسهولة اجراءات التنفيذ المباشر عن اجراءات المطالبة القضائية، ولكن لها أن تلجأ للقضاء الجنائى

لتوقيع الجزاءات الجنائية ـ ان سمحت النصوص بذلك ـ على من يمتنع عن تنفيذ القرارات الادارية، وهو ما يتحقق بشأن اللوائح الضبطية خاصة ٠

وعليه يمكن القول بأن الوسيلة الأساسية التى تلجأ اليها الادارة فى حالة رفض الافراد تنفيذ القرارات الادارية طواعية واختيارا ، انما تتمثل فى اسلوب التنفيذ المباشر للقرارات الادارية، و هو ما يوجب دراسته تفصيلا ٠ (١٩)

التنفيذ المباشر :

يعتبر التنفيذ المباشر من أخطر امتيازات السلطة الادارية، حيث يمكن للادارة بمقتضاه تنفيذ قراراتها الادارية جبرا على الأفراد الممتنعين عن تنفيذها ، دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء، وذلك خلافا للأصل السائد فى علاقات القانون الخاص، والذى يقضى بأنه لا يجوز اقتضاء الحقوق من جانب من يدعونها بأنفسهم، وانما عليهم دائما أن يلجأوا الى القضاء ليقرر لهم حقوقهم ، ثم الى السلطات العامة لتنفذ لهم ما تقضى به أحكام القضاء٠

ويستند حق الادارة فى التنفيذ المباشر للقرارات الادارية الى القرينة القانونية التى تفترض سلامة القرارات الادارية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، ومن ثم ينبغى على الافراد تنفيذه طواعية دون حاجة الى حصول الادارة على حكم بذلك، فاذا كان لصاحب الشأن اعتراض أو طعن فى مشروعية القرار ، فعليه هو أن يلجأ الى القضاء بدعواه ، و من ثم ينقلب موقفه من مدعى عليه ليصبح فى موقف المدعى ويكون عبء اثبات ما يدعيه واقعا عليه بدلا من الادارة٠

ومع ذلك فقد حرص القضاء الادارى على تقييد حق الادارة فى الالتجاء الى التنفيذ المباشر ادراكا منه لخطورة هذا الإسلوب على الحقوق والحريات ، واستقر على اعتبار اجراء التنفيذ المباشر أمرا استثنائيا لا يجوز للادارة الالتجاء اليه الا بشروط وفى حالات محددة على النحو التالى:

---

(١٩) راجع فى تفاصيل هذا الموضوع الدكتور محمد كامل ليلة : نظرية التنفيذ المباشر فى القانون الادارى ـ ص ٢٣٨ ومابعدها٠

١ ـ أن يوجد نص قانوني يجيز التنفيذ المباشر صراحة، ولأن التنفيذ المباشر من شأنه المساس بالحريات العامة للأفراد، فانه لايجوز تقرير هذا الامتياز بنص لائحي، حيث لايجوز تقييد الحريات العامة الا بقانون .

٢ ـ ألا يكون امام الادارة أية وسيلة قانونية أخرى يمكن الاعتماد عليها لتنفيذ القرار الاداري، ففي هذه الحالة يحق لها الالتجاء الى التنفيذ المباشر للقرار ولو لم يوجد نص تشريعي يتيح لها ذلك ، باعتبار ذلك مما تقتضيه ضرورة احترام القوانين والقرارات الادارية التي تضعه موضع التنفيذ .

٣ ـ اذا قامت حالة ضرورة نتيجة ظروف استثنائية تهدد بأخطار جسيمة وحالة، مما يقتضي سرعة تدخل الادارة لدرء هذا الخطر كما لو قامت مظاهرة عدائية اتجهت الى استخدام العنف واتلاف الاموال العامة، فلا يصح في هذه الحالة أن تقف الادارة مسلوبة السلطة بحجة أنها تستطيع تقديم المتظاهرين للمحاكمة الجنائية وتوقيع عقوبات عليهم . لذلك يجب الاعتراف للادارة بتنفيذ قراراتها الادارية اللازمة لمواجهة هذه الأحداث تنفيذا مباشرا، تحت مسوءليتها وتحت رقابة القضاء التي يفرضها على الادارة خوفا من احتمال تهديد حريات الافراد وحقوقهم بطريقة تعسفية، ولذلك من الملاحظ أن القضاء يشترط في مثل هذه الأحوال :

(أ) قيام حالة الضرورة بشروطها المعروفة وذلك بوقوع ظروف استثنائية تهدد بأخطار جسيمة حالة تخل بالنظام العام، وعدم امكانية درء هذه الاخطار بالوسائل القانونية العادية .

(ب) أن يثبت امتناع الافراد عن تنفيذ القرارات الادارية، وأن الادارة قد تركت لهم المهلة الزمنية المعقولة بعد مطالبتهم بالتنفيذ الاختياري وذلك قبل التجائها للتنفيذ المباشر .

(جـ) الا تتجاوز الادارة في استعمال امتياز التنفيذ الجبري المباشر

الهدف المحدد من القرار الادارى المراد تنفيذه و من ثم تقتصر اجراءات التنفيذ المباشر على الاجراءات الضرورية التى لاغنى عنها لتنفيذ القرار وألا تتجاوز هذه الاجراءات ٠

المطلب الثالث
وقف تنفيذ القرار الادارى

الأصل أن القرار الادارى واجب التنفيذ بمجرد توافر شروط نفاذه وسريانه ، مادام القرار قائما لم يسحب من قبل الادارة أو يلغى من قبل القضاء ، ولذلك فان الطعن فى القرار الادارى أمام القضاء بالالغاء لعدم المشروعية لا أثر له على نفاذ وتنفيذ القرار الادارى والا أدت الطعون الكيدية الى شل نشاط الادارة ٠

غير أنه قد تتوافر ظروف معينة تبرر الحكم بوقف التنفيذ لأحد القرارات الادارية المطعون ضدها بالالغاء ، الى أن يتم الفصل فى الدعوى ، وذلك اذا كان سيترتب على تنفيذ القرار أضرار يصعب تداركها عند الحكم بالغائه مستقبلا ، مثل قرار بهدم منزل أثرى او بمنع طالب من تأدية الامتحان ، حيث لا يجدى صاحب الشأن شيئا أن يحكم له فيما بعد بالالغاء ٠ ولذلك جرى القضاء الادارى على ضرورة توافر شرطين للحكم بوقف التنفيذ هما : (٢٠)

١ ــ **شرط الاستعجال** : بأن تتوافر ضرورة معينة تبرر وقف تنفيذ القرار لتفادى نتائج يتعذر تداركها لو لم يقض بوقف التنفيذ ، وبشرط الا تتأذى

---

(٢٠) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا : الدعاوى الادارية والاجراءات أمام القضاء الادارى ــ ١٩٩٢ ــ ص ٣٨٥ ومابعدها ٠
الاستاذ الدكتور عبد الغنى بسيونى : وقف تنفيذ القرار الادارى ــ ١٩٩٠ ٠

المصلحة العامة بشدة من وقف التنفيذ ، في حين أن طالب وقف التنفيـــــذ يتأذى بشدة في عمله أو حياته الخاصة، وليس في الامكان دفع النتائج الضــــارة التي قد تترتب على استمرار تنفيذ القرار بالوسائل القانونية المقررة ·

٢ ــ شرط الجدية : اذ يشترط أن يكون طلب الغاء القــــرار الاداري ــ وليس طلب وقف تنفيذه ــ قائما بحسب الظاهر على أسبـــــاب جدية تحمل على ترجيح الغاء القرار ، وتقدير جدية أسباب الالغاء تدخل فـــى سلطة القاضي قبل الحكم في طلب وقف التنفيذ ، بحيث اذا اتضح له للوهلة الاولى عدم جدية طلــب الالغاء، فلن يكون ثمة مبرر لقبول طلب وقف التنفيذ ·

المبحث الثالث
انقضاء القرار الادارى

ينتهى القرار الادارى باتمام تنفيذه واستنفاد مضمونه أو بانتهاء الأجل المحدد لسريانه، وهى أسباب طبيعية لانقضاء القرار، غير أنه قد يتم انقضاؤه قبل اتمام تنفيذه اما بواسطة القضاء وهو ما يدرس تفصيلا فى دراسات القضاء الادارى، واما بواسطة الادارة وهو ما يهمنا فى هذا المجال . ويمكن للادارة ان تنهى القرار الادارى اما بسحبه أو بالغائه أو بمجرد تعديله وهو بمثابة الغاء جزئى للقرار، والاصل أن يقتصر الالغاء والسحب على القرارات الادارية غير المشروعة، فلا يجوز سحب القرار أو الغاؤه لمجرد عدم ملاءمته الا فى ظروف ضيقة للغاية . ومن ثم يتعين علينا دراسة هذه الأحوال المختلفة تفصيلا :

أولا : سحب القرارات الادارية غير المشروعة :

للادارة ان تبطل القرار الادارى غير المشروع، أى المعيب من الناحية القانونية ، عن طريق سحبه أى ابطاله بأثر رجعى وما يترتب على ذلك من زوال كل أثر قانونى للعمل منذ نشأته .

ويشترط لسحب القرار الادارى أن يكون هذا القرار مشوبا بعيب قانونى أى بعدم المشروعية منذ صدوره، بحيث ينسحب الاثر الرجعى للسحب الى اللحظة التى صدر فيها القرار فيعتبر كأن لم يكن وتزول كافة الاثار القانونية التى أنشأها ، أما العيب اللاحق لصدور القرار فانه لايخول الادارة سلطة سحبه وانما لها فقط أن تلغيه على نحو ما سنحدده بحيث لا يكون لهذا الالغاء أى أثر رجعى، وانما تقتصر آثاره على المستقبل . (٢١)

---

(٢١) محكمة القضاء الادارى فى ١٥/٦/١٩٥٠ قضية ٣٩٤ لسنة ٣ق المجموعة السنة ٤ ص ٩٠٢ .

وتطبيقا لذلك فانه يجوز للادارة سحب قرارها الصادر بتعيين أحد الموظفين اذا تبينت فيمابعد أنه لم يكن متمتعا بالجنسية الوطنية وقت تعيينه وكان تمتعه بهذه الجنسية أحد شروط التعيين فى الوظيفة وبقائه فيها . فاذا كان فقد الموظف لجنسيته الوطنية لاحقا لتعيينه ، فان هذا لا يجيز سحب قرار التعيين الذى كان صحيحا وقت صدوره ، وانما يقتصر اثره على الغائه بالنسبة للمستقبل فحسب .

ويترتب على بطلان القرار الادارى بأثر رجعى نتيجة سحبه ، بطلان كافة التصرفات الادارية اللاحقة له اذا كانت جميعها تتعلق بعملية قانونية واحدة تربط بينها ، كما لو كان القرار المعيب يمثل جزءا من عملية اتمام احد العقود الادارية ، كقرار قبول عطاء مقدم من احدى الشركات، فان سحب مثل هذا القرار يؤدى الى انهيار الاساس الذى تم ابرام العقد الادارى بمقتضاه ، ومن ثم يعتبر العقد أيضا كأن لم يكن .

أما اذا كان القرار الذى سحبته الادارة والقرار اللاحق لايكونان جزئى عملية قانونية واحدة ، فان سحب القرار الأول لا يؤدى الى بطلان القرار الثانى ما لم يكن هناك ارتباطا وثيقا بينهما ، ومثال ذلك ان سحب قرار تعيين أحد الموظفين يؤدى الى بطلان جميع الترقيات التى تكون قد صدرت لصالح هذا الموظف ، فاذا لم يكن هناك علاقة ارتباط بين القرار المسحوب والقرار اللاحق ، فان بطلان القرار الأول لا يمس هذا القرار اللاحق ، فمثلا اذا أصدرت الادارة قرارا بفصل أحد الموظفين، وكان هذا القرار معيبا بعدم المشروعية ، فقامت الادارة بسحبه بعد فترة، فان هذا السحب لا يؤثر على أى قرار آخر تكون الادارة قد أصدرته خلال هذه الفترة ، كما لو عينت موظفا آخر بدلا من الموظف المفصول وبذلك فان عودة الموظف المفصول الى عمله لا يستتبع حتما بطلان تعيين الموظف الاخر .

ومع ذلك يلزم ملاحظة أن هناك بعض القيود التى ترد على ترتيب الأثر الرجعى لقرارات السحب الصادرة من الادارة، وذلك أخذا ببعض الاعتبارات او استنادا الى بعض النظريات والمبادىء، ومثال ذلك حماية مصالح

الغير حسن النية طبقا لنظرية الموظف الفعلى أو وفقا لنظرية الاثراء بلا سبب .

ومن أهم القيود التى ترد على سلطة الادارة فى سحب قراراتها الادارية المعيبة، عدم جواز سحب القرارات اللائحية للادارة، لما للسحب من أثر رجعى يتعارض مع مبدأ عدم جواز رجعية القرارات الادارية، حيث يتجه الرأى الراجح فقها وقضاء الى عدم جواز سحب اللوائح وجواز الغائها فحسب ، على أساس ان الدستور لم يجز الرجعية الا فى القوانين ، وأن المقصود بالقوانين هنا هو معناها الضيق الذى يقتصر على التشريعات التى يقرها البرلمان ، وذلك لأن الاثر الرجعى للقوانين أمر استثنائى طبقا للدستور ، مما يتعين معه الأخذ بالتفسير الضيق لهذا الاستثناء. (٢٢)

بيد أنه يجب ملاحظة أن بطلان القرارات الادارية قد يتمثل فى انعدام القرار او بطلانه بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا ، ولذلك يتعين توضيح ان المبادىء السالف ذكرها انما تنطبق على القرارات الادارية الباطلة دون المنعدمة ، فهذه الأخيرة هى قرارات ليس لها وجود قانونى ومن ثم لا تنتج أى اثر قانونى ، بالرغم من وجودها من الناحية المادية باعتبارها محررات لها مظهر القرارات الادارية، وتبعا لذلك يكون من المستحيل سحب القرار المنعدم مادام ليس له وجود قانونى ، ومع ذلك فلا يمكن القول بأن للادارة ان تتجاهل هذه القرارات وأن تتصرف باعتبارها غير موجودة وذلك دون حاجة الى أن تعلن سحبها صراحة، لأن القرارات المنعدمة وان كانت غير موجودة قانونا الا أنها موجودة من الناحية الفعلية، ومن الجائز أن تكون قد ترتبت عليها بعض الاثار المادية الخطيرة لدرجة لايمكن معها تجاهل وجودها والتصرف باعتبارها كأن لم تكن .

---

(٢٢) الدكتور عبد القادر خليل : نظرية سحب القرارات الادارية ــ ١٩٦٤ ص ٢٧٧ .

لذا فمن الاصوب الاعتراف للادارة بحق سحب قراراتها المنعدمة ، وان كان الفقه يتجه الى القول بأن عملية السحب فى هذه الحالة لا تعد عملا قانونيا بالمعنى الصحيح، لأن العمل القانونى هو الذى يولد آثارا قانونية، ومن ثم فهى تعد عملية مادية ترمى الى تطهير ما ترتب على هذا القرار الباطل من اوضاع.(٢٣)

واستنادا الى ذلك فان سحب القرارات المنعدمة لا يتقيد بميعاد السحب الذى يتعين أن يتم خلاله سحب القرارات الادارية الباطلة، وذلك باعتبارها من الأعمال المادية وليست من القرارات الادارية بالمعنى الفنى الدقيق .

ميعاد سحب القرارات الادارية غير المشروعة :

اذا كان الفقه والقضاء قد استقرا على أنه بالنسبة للقرارات المنعدمة فانه يجوز سحبها دون تقيد بميعاد ، فانه على العكس من ذلك ، قد استقر أيضا على أن القرارات الادارية غير المشروعة التى لا تصل الى حد الانعدام ، وانما تكون باطلة فحسب وسواء كانت باطلة بطلانا مطلقا أو نسبيا فان قرارات سحبها تتقيد بميعاد الطعن بالالغاء أمام القضاء ضد تلك القرارات(وهى ٦٠ يوما فى مصر وشهرين فى فرنسا) ، بحيث لايجوز سحبها الا من خلال هذه المدة المقررة لرفع دعوى الالغاء ، أو خلال نظر هذه الدعوى اذا ما رفعت فعلا أمام القضاء، فيجوز للادارة أن تسحب هذا القرار المعيب دون انتظار الحكم ببطلانه، طالما أن الالغاء القضائى ممكنا خلالها.(٢٤)

ويترتب على سحب القرار الادارى عدم جواز قبول دعوى الالغاء ضد القرار المسحوب الذى غدا كأن لم يكن ، أما اذا كانت الدعوى قد رفعت فعلا ، فان سحب القرار المطعون فيه يؤدى الى انتهاء الخصومة.

---

(٢٣) الدكتور عبد القادر خليل : المرجع السابق ، ص ٢٤٠.

(٢٤) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٦/٦/٢٩ ، المجموعة السنة ٢١ ص ٢٦٧.

والحكمة من تحديد هذا الميعاد هى أن القرارات الادارية المعيبة قد يتولد عنها من الاثار القانونية مايمس مصالح بعض الافراد، ومن ثم يجب العمل على استقرار المراكز والأوضاع القانونية بأسرع ما يمكن حتى لا تكون معلقة الى ما لا نهاية بحجة عدم مشروعية القرارات التى ولدت هذه المراكز أو الأوضاع ، وتبعا لذلك فان القضاء لم يحرم الادارة من حق مراجعة نفسها فى القرارات التى تصدر منها اذا كانت مخالفة للقانون قضائيا لتجاوز السلطة ،حيث لايكون القرار خلال هذه الفترة مستقرا ، أما اذا انقضى ميعاد الطعن بالالغاء أمام القضاء ، فان القرار يكتسب حصانة نهائية تعصمه من أي الغاء أو تعديل سواء من جانب الادارة أو من جانب القضاء، فيكون لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار بحيث يعتبر الاخلال بهذا الحق بقرار لاحق ، مخالفة للقانون تعيب هذا القرار الأخير وتبطله .

ولما كانت الحكمة من ميعاد السحب هى المحافظة على حقوق الغير واستقرار مراكزهم وأوضاعهم القانونية ، فانه اذا لم يترتب على القرار الادارى المعيب حقوق للغير فانه يجوز سحبه فى أى وقت وذلك لعدم تعلق أية حقوق به ، وأهم أمثلة ذلك القرارات الادارية اللائحية (التنظيمية) .

واستثناء من ميعاد السحب يتجه القضاء الادارى الى السماح للادارة بسحب بعض القرارات الادارية المعيبة فى أى وقت ،خلال الستين يوما أو بعد انقضاء هذه المدة، وذلك للتخفيف من حدة الميعاد الضيق الذى فرضه القضاء بنفسه ، وذلك فى الحالات التى تقتضى فيها المصلحة العامة هذا الاستثناء، ومثال ذلك :

١ ــ سحب التسويات الخاطئة للمرتبات .
٢ ــ استرداد المرتبات المدفوعة خطأ .
٣ ــ سحب القرار الصادر نتيجة غش أو تدليس ممن صدر القرار لمصلحته .

غير أن استقرار الفقه والقضاء على تقييد حق الادارة فى السحب بميعاد الطعن القضائى لم يمنع بعض الفقهاء من محاولة الغاء هذا القيد أخذا بما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسى فى أول عهده من تقرير حق الادارة فى سحب قراراتها غير المشروعة، اذ جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى عام ١٩٢٢ على عدم تقييد سلطة الادارة فى سحب القرارات الادارية المعيبة بميعاد الشهرين المقرر لرفع دعوى الالغاء، على أساس أن هذه القرارات لا ينبنى عليها حقوق، ومن ثم يكون للادارة سحبها فى أى وقت حتى تعود الامور الى نصابها الصحيح. (٢٥)

وقد انتقد العميد (ديجى) قضاء مجلس الدولة اعتبارا من عام١٩٢٢ (حكم ٣-١١-١٩٢٢) ، لمخالفته مبدأ المشروعية الذى يقتضى عدم استمرار المراكز القانونية الشخصية والموضوعية المخالفة للقانون ،وتبعا لذلك يكون للادارة حرية سحب القرارات غير المشروعة فى أى وقت حماية للافراد أنفسهم.

وقد رأى بعض الفقهاء فى مصر تأييد هذا الاتجاه، على أساس أن القرار الباطل لاينتج أثرا ولا يقيد الجهة الادارية التى أصدرته، فهى تستطيع الرجوع فيه فى أى وقت تشاء ، ولذلك فان تحديد السحب بميعاد معناه أن يضحى باحترام القانون فى سبيل الاوضاع المستقرة، مما يجعل الاصل هوعدم جواز الرجوع فى القرارات الفردية الباطلة، والرجوع فيها هو الاستثناء، وفى هذا ولاشك قلب للأوضاع القانونية. (٢٦)

كما اتجه رأى آخر الى أنه لايجوز تقييد الادارة وهى تريد احترام القانون عندما يتكشف لها خطأ تصرفها فتتجه الى اعدام القرار، والرجوع فيما

---

(٢٥) الدكتور عبد القادر خليل، المرجع السابق - ص ٤٤٤.

(٢٦) الدكتور السيد محمد مدنى: مسئولية الدولة عن أعمالها المشروعة - ١٩٥٢ - ص ١٧٥.

صدر عنها ، أما حجة احترام الأوضاع المستقرة والحقوق المكتسبة ، فانه يكفي التعويض جزاء للحقوق المكتسبة التي ستضيع وعوضا عن الأوضاع التي ستلغى نتيجة لسحب القرار ، فاذا ما تعسفت أو أخطأت الادارة في سحب القرار ، فللفرد أن يطعن بالالغاء ضد قرار السحب بغض النظر عن الوقت الذي تم فيه السحب. (٢٧)

وفي محاولة للتوصل الى رأي وسط ، ذهب البعض الى تفصيل رأي غالبية الفقه ولكن دون الاخذ بمدة الطعن القضائي ، اذ يرى أنه لا يجوز الاستناد الى هذا الميعاد ، وانما يجب الرجوع الى المواعيد العامة في سقوط الحق ، وهي القواعد التي يجب الرجوع اليها في كل مرة لا توجد أمام نص يحكم الموضوع ، وان أكثر القواعد انسجاما على الموضوع الذي نحن بصدده ، ما جاء بالقانون المدني بخصوص مواعيد دعوى البطلان (الانعدام) والابطال ، وعليه يرى هذا الفقيه أن ميعاد سحب القرارات المنعدمة يجب أن يكون ١٥ سنة من وقت صدور القرار ، أما القرارات الباطلة فيجوز سحبها خلال ثلاث سنوات ما لم يكن هناك غلط او تدليس فيجوز في هذه الحالة سحب القرار خلال ١٥ سنة. (٢٨)

ثانيا : الغاء القرارات الادارية غير المشروعة :

اذا نشأ القرار الاداري صحيحا فليس هناك من مبرر لابطاله عن طريق الادارة بسحبه ، الا أنه قد يشوب هذا القرار عيب لاحق يجعله غير مشروع ، وفي هذه الحالة ينبغي على الادارة ابطاله ولكن دون حاجة الى تقرير أثر البطلان منذ انشائه ، ولذلك تكتفي الادارة بابطال هذا القرار بالنسبة للمستقبل فقط وذلك عن طريق (الغاء) هذا القرار وليس بسحبه .

---

(٢٧) الدكتور محمد كامل ليلة : الرقابة القضائية على أعمال الادارة ١٩٧٠ ص ١٤٨ .

(٢٨) الدكتور عبد القادر خليل : المرجع السابق ـ ص ٥٥٣ .

وعلى ذلك فان الغاء القرارات الادارية يهدف الى ابطال هذا القرار بالنسبة للمستقبل فحسب وذلك اعتبارا من تاريخ الالغاء، مع ترك آثاره قائمة في الماضي . ويشترط لممارسة الادارة لهذا الحق أن ينشأ القرار المطلوب الغاؤه صحيحا ثم يشوبه عيب لاحق يجعله غير مشروع، وتظهر أمثلة هذه العيوب في القرارات الادارية ذات الأثر المستمر، كتراخيص الضبط وتعيينات الموظفين العموميين ، ومثال ذلك فقد الموظف للجنسية الوطنية، وزواج الممثل الدبلوماسي أو القنصلي المصري من أجنبية، اذ يؤدي ذلك الى انهاء رابطة التوظف في الحالتين ، ومثال ذلك أيضا فقد المرخص له أهلية الالتزام، ففي هذه الحالات تكون بعض الشروط التي يقضي القانون بضرورة توافرها لصحة القرار الاداري قد تخلفت، وهي شرط الجنسية الوطنية أو عدم الزواج من أجنبية أو أهلية الالتزام .

ولما كان الغاء القرار الاداري يترتب نتيجة اصابة القرار بعد نشوئه صحيحا بعيب عدم المشروعية، فانه مهما طالت المدة التي تمر على القرار منذ صدوره ونفاذه ، يكون للادارة أن تقوم بهذا الالغاء حينما يصاب القرار بالعيب القانوني، وهو مايعني أن احتساب مدة الطعن القضائي والتي يجوز للادارة الغاء القرار الاداري خلالها ، يبدأ منذ تعيب القرار المشروع بأحد أوجه الالغاء، وليس من تاريخ نفاذه .

على أنه يجوز للادارة أيضا أن تلجأ الى الغاء القرارات الادارية التي تكون غير مشروعة منذ صدورها ، بدلا من سحب هذه القرارات ،حتى يمكن أن تقتصر آثار هذا الالغاء على المستقبل دون الماضي، وفي هذه الحالة يلزم على الادارة أن تقوم بهذا الالغاء خلال ميعاد الطعن القضائي، بحيث أنه بانقضاء هذا الميعاد يتحصن هذا القرار من الالغاء الاداري ويلحق بالقرارات المشروعة ويأخذ حكمها باعتبارها أساسا للحقوق المكتسبة. (٢٩)

---

(٢٩) محكمة القضاء الاداري في ١٩٥٠/١/٥ قضية ١٤٥ لسنة ٣ ق ، المجموعة السنة ٤، ص ١٥٧ .

ثالثا : تعديل القرارات الادارية :

اذا كان القرار الادارى قد شابه عيب عدم المشروعية فى بعض أجزائه دون البعض الاخر ، فان للادارة أن تبطل القرار فى هذا الجزء الذى شابه العيب القانونى، وتبقى القرار صالحا منتجا آثاره فيما بقى منه ما دام هذا الجزء الباقى يشتمل فعلا على قرار ادارى صحيح بكل عناصره.

واستنادا الى ذلك يجوز للادارة سحب القرار الادارى غير المشروع أو الغاؤه جزئيا ، اذا كان العيب القانونى لا يصيب الا جزءا من القرار الادارى ، ما لم يكن هذا القرار غير قابل للانقسام ، ففى هذه الحالة الأخيرة تنسحب آثار السحب أو الالغاء على جميع أجزاء القرار .

ولعل أهم النتائج التى استخلصها الفقه من الاعتراف للادارة بالحق فى ابطال تصرفها غير المشروع جزئيا ، ظهور نظرية تحويل القرارات الادارية المعيبة (٣٠) ويقصد بتلك النظرية أنه اذا تضمن القرار الباطل (أيا كانت درجة البطلان) عناصر قرار ادارى آخر ، فان القرار الادارى يكون صحيحا باعتباره القرار الذى توافرت أركانه، اذا تبينت الادارة أن نيتها تنصرف الى اصدار هذا القرار لو علمت بعيب القرار الاصيل ، وعليه تسحب الادارة قرارها المعيب ضمنيا وتحوله بأثر رجعى الى قرار آخر صحيح يتكون من بين عناصر القرار الاول ، ومن هنا يعتبر هذا التحويل نوعا من التعديل فى القرار الادارى .

ويشترط لاعمال نظرية التحويل أن يتعلق التحويل بقرار ادارى مشوب بعيب يجعله منعدما أو باطلا ، وان كان الغالب أن يتحقق التحويل فى القرارات الباطلة دون المنعدمة، كما يشترط ثانيا أن يتضمن القرار الادارى الباطل عناصر قرار آخر صحيح ،وخاصة من حيث الشكل والاختصاص.

---

(٣٠) تعتبر هذه النظرية تطبيقا لنظرية تحول العقد التى ظهرت فى مجال القانون المدنى ثم أصبحت حاليا تشمل كافة التصرفات القانونية سواء فى نطاق القانون الخاص أم القانون العام.

ويترتب على تحول القرار الادارى أثر رجعى، حيث أن تحول القرار المعيب الى آخر صحيح يعنى أن القرار الصحيح قد حل محل القرار الذى أعلنت الادارة ضمنيا بطلانه ، لأنه اذا لم تلحق آثار القرار الصحيح المتحول باللحظة التى تم فيها بطلان القرار المعيب لانهارت جميع آثار القرار المعيب دون أن يمنع من ذلك القرار الجديد.

وأخيرا نشير الى أنه لما كان تعديل القرارات الادارية ليس فى حقيقته الا سحبا او الغاء جزئيا ، فانه يسرى عليه ما سبق ذكره عن الميعاد بالنسبة للسحب والالغاء.

ولا يختلف الامر أيضا بالنسبة للتعديل بطريق التحويل اذ أن التحويل فى حقيقته ليس الا سحبا اداريا ضمنيا للقرار المعيب الذى يقوم على أنقاضه القرار الجديد المتحول اليه، وعليه يسرى على التحويل ما يسرى على سحب القرارات الادارية من حيث الميعاد .

رابعا : انقضاء القرارات الادارية الصحيحة بسبب عدم الملاءمة :

قد ينشأ القرار الادارى مشروعا وصحيحا من الناحية القانونية، علاوة على ملاءمته للظروف المحيطة باصداره، وفى هذه الحالة ليس للادارة أن ترجع فى هذا القرار ما لم يطرأ عيب قانونى على القرار ، فيكون للادارة الغاء القرار أو تعديله جزئيا لازالة هذا العيب القانونى الذى طرأ على القرار، وذلك استنادا الى سلطتها فى الرقابة الذاتية على أعمالها وفقا لمبدأ المشروعية على نحو ما حددنا.

أما اذا طرأ على القرار الادارى المشروع والصحيح قانونا ، عيب يتعلق بملاءمته ، وذلك نتيجة تغير الظروف التى كانت محيطة به وقت اصداره فان للادارة أيضا الحق اما فى الغاء القرار أو تعديله ليتلاءم مع الظروف الجديدة، على أن يقتصر اثر الالغاء أو التعديل على المستقبل فحسب دون أن يكون له أى أثر رجعى .

على أن سلطة الادارة فى الغاء وتعديل القرارات الادارية ليتلاءم مع الظروف الجديدة لا تستند الى حقها فى الرقابة الذاتية على أعمالها وفقا لمبدأ المشروعية، وانما ترجع فى حقيقة الأمر الى مبدأ ضرورة موافقة أو ملاءمة أعمال الادارة مع الظروف المتغيرة، أو الى نظرية الظروف الطارئة .

بيد أنه يجب ملاحظة أنه بالنسبة للقرارات الادارية الفردية، فانها اذا تولد عنها حقوقا مكتسبة للأفراد لا يجوز الغائها الا فى الأحوال ووفقا للشروط التى يقررها القانون ، بمعنى أنه لايجوز ـ مثلا ـ الغاء قرار ادارى سليم بتعيين موظف لعدم ملاءمته ، وانما يكون للادارة أن تصل الى نفس النتيجة عن طريق الاجراءات المضادة للتعيين مثل قرار بفصله أو قبول استقالته أو الغاء وظيفته للصالح العام وذلك تحت رقابة القضاء.

وعلى ذلك لا تبقى سوى مشكلة بحث ما اذا كان للادارة أن تمارس رقابتها على القرارات الصحيحة قانونا والتى نشأت معيبة بعدم الملاءمة ، حيث لم يكن من المناسب اصدارها ، فهل يكون للادارة أن تسحب هذه القرارات غير الملائمة بالرغم من مشروعيتها بما يتضمنه هذا السحب من أثر رجعى ، أم أنه يمتنع عليها سحب القرارات المشروعة لعيب عدم الملاءمة .

مدى سلطة الادارة فى سحب القرارات الادارية الصحيحة لعدم الملاءمة :

يتجه معظم الفقه فى فرنسا ومصر الى عدم جواز سحب القرارات الادارية الصحيحة سواء كانت هذه القرارات صادرة بناء على سلطة مقيدة أو سلطة تقديرية ، بل وحتى ولو لم يترتب عليها حقوقا لأحد، لأن السحب لا ينصب الا على القرارات المعيبة قانونا دون غيرها من القرارات حتى ولو كانت معيبة بعدم الملاءمة ، أى جاءت مخالفة لمقتضيات ملاءمة اصدارها وهذا هو ما استقر عليه القضاء فى فرنسا ومصر .(٣١)

---

(٣١) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٦/٦/٢٩ قضية ٤٠ لسنة ١٨ ق المجموعة السنة ٢١ ص ٢٦٧ .

ويرجع الاساس الذى يمكن الاستناد اليه لتبرير عدم جواز سحب القرار الصحيح ، الى مبدأ عدم جواز الرجعية فى القرارات الادارية، وهو من المبادىء القانونية العامة المستقرة والذى تلتزم الادارة باحترامه وأعماله باعتباره أحد القواعد القانونية التى تدخل ضمن التنظيم القانونى للدولة ، ومن ثم تعد مخالفته اخلالا بقاعدة قانونية يوءدى الى عدم مشروعية القرار.

ولما كان مقتضى سحب القرار الصحيح لعدم ملاءمته ، ابطال هذا القرار بأثر رجعى منذ لحظة صدوره، فان القرار الساحب يكون غير مشروع لمخالفته لقاعدة عدم جواز الرجعية فى القرارات الادارية ، خاصة وأنه قد يترتب على هذا السحب مساسا بالمراكز القانونية او الحقوق المكتسبة التى تكون قد تولدت نتيجة القرار المسحوب.

واستثناء من قاعدة عدم جواز سحب القرارات الادارية الصحيحة ، يتجه القضاء فى فرنسا ومصر الى السماح بسحب القرارات الادارية الفردية الصحيحة الصادرة بفصل الموظفين ، وذلك استنادا الى اعتبارات تتعلق بالعدالة ، وبشرط ألا تكون الادارة قد عينت فى وظيفة الموظف المفصول شخصا آخر تعيينا صحيحا قانونا ، اذ أن مقتضى السحب فى هذه الحالة هو فصل الموظف الجديد، وهو ما لا يجوز قانونا لما فيه من اغتصاب غير مشروع للحق المكتسب لهذا الموظف الجديد. (٣٢)

وبالرغم من استقرار قاعدة عدم جواز السحب لعدم الملاءمة فقها وقضاء على النحو السابق ، فان بعض الفقهاء يتجهون الى القول بنقيض ذلك ، أى بجواز سحب القرارات الادارية الصحيحة المشوبة بعيب عدم الملاءمة ، وذلك على أساس أن المصلحة العامة قد تقتضى أحيانا تبرير حق الادارة فى نقض قراراتها الصحيحة المشوبة بعيب عدم الملاءمة فى الحالات التى تعتقد

---

(٣٢) المحكمة الادارية العليا فى١٩٥٩/٥/٢٣ قضية ٥٨٧ لسنة ٤ق، المجموعة السنة ٥ ص ١٣٠٩.

فيها الادارة ضرورة الرجوع فى هذا القرار ، ولأنه اذا كانت الادارة تتمتع بالسلطة التقديرية فى اصدار القرار ، فانه يجب أن تكون لها نفس السلطة فى سحب القرار بشرط ألا يكون فى ذلك السحب تعسف واساءة لاستخدام سلطتها وهو ما يخضع لرقابة القضاء٠ (٣٣)

غير أننا لا نتفق مع هذه الآراء ونرى — مع الفقه الغالب والقضاء الادارى — انه لايجوز سحب القرارات الادارية الصحيحة لعدم الملاءمة ، استنادا الى ان الاعتراف للادارة بحق السحب انما يستند الى مبدأ المشروعية ، وذلك باعلان بطلان القرار غير المشروع بواسطة من أصدره أى الادارة، التى تحل فى ذلك محل السلطة القضائية ٠

واذا كانت الاراء المخالفة لهذا الفقه الغالب ترى أن قياس سلطة الادارة فى الرقابة على أعمالها على سلطة القضاء فى هذا الشأن ، هو قياس غير صحيح ، بمعنى أنه اذا كان يمتنع على القضاء الرقابة على ملاءمة القرارات الادارية ، فان ذلك لا يؤدى بالتبعية الى تحريم السحب بالنسبة للادارة، فاننا نتفق معها فى هذا النقد ولكن دون أن يؤدى ذلك الى الموافقة على اتجاههم ٠

فالواقع أننا — وكذلك الفقه الغالب — لا نرفض الاعتراف للادارة بالحق فى الرقابة على ملاءمة قراراتها ، على ألا يؤدى ذلك الى سحب قراراتها الصحيحة، بمعنى أنه يجوز للادارة تعديل أو الغاء قراراتها غير الملائمة بالنسبة للمستقبل فحسب ودون أى أثر رجعى، استنادا الى مقتضيات المبادئ القانونية العامة فى عدم جواز الرجعية فى القرارات الادارية ، بحيث لايجوز للادارة مخالفة ذلك ، والا كان قرارها — الذى تضمن أثرا رجعيا مثل قرارات السحب — قرارا غير مشروع٠

يضاف الى ذلك أن المصلحة العامة — فى تقديرنا — تقضى بعدم

---

(٣٣) الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة القضائية سالف الذكر ، ص١٥٥ : ١٥٧
الدكتورعبد القادر خليل : المرجع السابق — ص ٣٤٠٠

الاعتراف للادارة بسحب قراراتها الصحيحة لعدم ملاءمتها ، لما لذلك السحب من آثار تمس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة للأفراد ، وهى اعتبارات ترجح نظيرتها التى تتعلق بالسماح للادارة بتلافى ما وقعت فيه من خطأ فى تقدير مناسبة اصدار القرار . وقد اعترف الفقه الذى يرى وجوب السماح للادارة بسحب قراراتها الصحيحة لعدم الملاءمة بأن استقرار الأوضاع والمراكز القانونية ــ والتى تتولد عن قرارات الادارة الصحيحة ــ أولى بالرعاية والاحترام ، وأجدر بالحماية من فكرة الالغاء لعدم سلامة القرار الذى ترتبت عليه تلك المراكز بسبب مخالفته لمبدأ المشروعية (٣٤) ، فاذا كان الأمر كذلك، فانه من باب أولى يكون استقرار هذه الأوضاع وتلك المراكز أولى بالرعاية و الاحترام وأجدر بالحماية من فكرة السحب لعدم ملاءمة القرار الذى تولدت عنه فعلا هذه المراكز، وهى مراكز وأوضاع نشأت صحيحة ومشروعة نتيجة تولدها عن قرار ادارى مشروع وصحيح، وليست كمثيلتها فى حالة (الالغاء لعدم سلامة القرار) التى أشار اليها هذا الفقيه حيث تكون المراكز والأوضاع الناشئة عن هذا القرار غير المشروع، مراكز وأوضاع غير مشروعة .

وهذا هو أيضا ما أكده القضاء الادارى فى مصر حيث قضى بأن (القرارات التى تولد حقا أو مركزا شخصيا للافراد لا يجوز سحبها فى أى وقت متى صدرت سليمة، وذلك استجابة لدواعى المصلحة العامة التى تقتضى استقرار تلك الأوامر) . (٣٥)

ــ والخلاصة أنه لايجوز للادارة أن تسحب قراراتها السليمة المشروعة قانونا لعيب الملاءمة ، لما لهذا السحب من أثر رجعى لا مبرر له مما يعد مخالفة لمبدأ عدم رجعية القرارات الادارية، ومن ثم يكون غير مشروع .

---

(٣٤) الدكتور محمد كامل ليلة : الرقابة القضائية سالف الذكر ــ ص ١٣٧ .

(٣٥) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٦/٦/٢٩ سالف الاشارة .

وتبعا لذلك يكون لكل ذى مصلحة أن يتظلم من قرار السحب غير المشروع، اما للادارة نفسها واما أمام القضاء، بل ان للادارة من تلقاء نفسها أن تسحب قرارها الساحب غير المشروع اذا ما تبين لها مخالفته لقواعد المشروعية وهو ما يعرف بالسحب بعد السحب ٠

فالقرار الساحب يعتبر قرارا جديدا أنشأ مراكز قانونية جديدة، فيحق لكل ذى مصلحة أن يتظلم منه اذا تضمن مساسا بمركزه القانونى، على أساس أن القرار الساحب هو قرار آخر خلاف القرار المسحوب، وهذا ما قضت به المحكمة الادارية العليا فى مصر ٠ (٣٦)

---

(٣٦) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٦/٦/١٣ قضية ١١٨ لسنة ١٦ ق ، المجموعة السنة ٣١ ص ٢٠٣ ٠

الفصل الثانى
العقود الاداريـــــة

اذا كان القرار الادارى الصادر تعبيرا عن الارادة المنفردة لـلادارة هو أنجح وسائل القانون العام التى تمكن الادارة من القيام بأداء ما هو منـوط بها من أوجه النشاط الادارى المختلفة، الا أن هذه الوسيلة القانونية لاتكفـى وحدها للقيام بواجبات الادارة ، ولا تصلح فى الكثير من الأحوال لتحقيـــق أهداف النشاط الادارى •

ولذلك تلجأ الادارة الى وسيلة قانونية أخرى، تتمثل فى الاتفاق مع الأفراد والهيئات الخاصة، وذلك بموجب عقود ترسم حقوق والتزامات الطرفين •

ومن الملاحظ أن الادارة تلجأ كثيرا الى وسيلة التعاقد بصـــدد ممارستها لنشاطها المتصل بالمرافق العامة وذلك لتأمين ما يتطلبه تكوينهـــا وتنظيمها وادارتها وتسييرها وتحقيق الاغراض المستهدفة من انشائها، عـــلاوة على حصولها – أى الادارة – على ما تحتاجه من خدمات أو أموال بصـــدد ممارسة أوجه نشاطها الأخرى •

غير أن " عقود الادارة" لا تخضع جميعها لنظام قانونى واحد، فمن المسلم به فى الدولة التى تأخذ بالنظام المزدوج ، حيث يوجد قانـــون ادارى متميز ومستقل علاوة على قضاء ادارى مستقل ومتخصص بنظر المنازعات الادارية، مثلما هو الحال فى مصر وفرنسا، أن العقد الادارى وان كان يعبر عـــن تلاقى ارادتين ، على انشاء حقوق والتزامات متبادلة، شأنه فى ذلك شـــأن العقد المدنى، الا أن النظام القانونى الذى يحكم العقود الادارية يختلـــف اختلافا جوهريا عن النظام القانونى للعقود المدنية، وهو الأمر الذى سنتولـى تحديده تفصيلا عند بحث نقاط هذا الموضوع•

وعليه يجوز للادارة أن تلجأ الى ابرام " عقود ادارية" تخضـــع

لأحكام وقواعد القانون العام، أو أن تلجأ الى ابرام "عقود مدنية" تخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص ٠

وترتيبا على ما تقدم ، فاننا نتناول بالدراسة النظام القانوني للعقود الادارية ليتسنى لنا ابراز الفوارق الجوهرية بينه وبين نظام العقود المدنية أو الخاصة ، وذلك في الموضوعات التالية :

أولا : تحديد العقود الادارية وأنواعها ٠

ثانيا : ابرام العقود الادارية ٠

ثالثا : تنفيذ العقود الادارية ٠

رابعا : إنقضاء العقود الادارية ٠

المبحث الأول
تحديد العقود الادارية وأنواعها

أولا : تحديد العقود الادارية :

اذا كانت عقود الادارة تتضمن ـ كما أوضحنا سلفا ـ كل العقود التى تكون الادارة طرفا فيها ، أيا كان القانون الذى يحكمها ، فان العقود الادارية ، هى فقط التى تكون الادارة طرفا فيها وتكون خاضعة للقانون الادارى ورقابة القضاء الادارى استنادا الى طبيعتها الادارية .

وعليه فقد استقر القضاء الادارى ـ فى مصر وفرنسا ـ على أنه يشترط فى العقود الادارية بطبيعتها أن تتوافر بشأنها الشروط الثلاثة الآتية :(١)

(أ) أن يكون أحد أطراف العقد شخصا اداريا : ويقصد بالأشخاص الادارية ، الأشخاص المعنوية العامة ، ويستوى أن يتعاقد الشخص الادارى لحسابه أو لحساب شخص آخر من أشخاص القانون العام ، اذ تجوز الانابة والتفويض فى اختصاصات الادارة بين أشخاص القانون العام دون أشخاص القانون الخاص .

أما اذا كان العقد قد أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، وكان أحدهما يتصرف لحساب شخص ادارى ، بحيث رتب العقد فى النهاية آثاره من حقوق والتزامات فى ذمة الشخص العام ، فان القضاء الادارى قد استقر ـ فيما يبدو ـ على اعتبار هذا العقد من العقود الادارية متى توافرت بقية الشروط التى يقوم عليها العقد الادارى : فبعد أن قضت محكمة القضاء الادارى فى مصر بأنه " متى كان من شأن انابة ادارة خطوط أنابيب البترول لشركة شل فى التعاقد مع المدعى اهدار قواعد الاختصاص فى ابرام العقود

---

(١) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٢/٣/٢١ قضية ١٨٨٩ لسنة ٦ق المجموعة السنة ٧ ، ص ٥٢٧ .

الادارية ، فضلا عن اهدار كافة القواعد والاجراءات التى راعى المشرع وجـــوب اتباعها عند ابرام هذه العقود ، فان هذه النيابة مع افتراض ثبوتها لا تضفى على العقد محل النزاع صفة العقود الادارية ٠٠٠" ، قضت المحكمة الاداريـــــة العليا بخلاف ذلك حيث رأت أنه" متى كان الثابت ٠٠٠ أن شركة شل فـــى العقدين موضوع النزاع انما تعاقدت لحساب ومصلحة الحكومة، و من ثم كـــان لا نزاع فى أن العقدين ٠٠٠ قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام واتبعت فيهمـــا وسائل القانون العام ٠٠٠ فان العقدين يكتسبان صفة العقود الادارية" ٠ (٢)

(ب) أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام : تعد صلة العقـــد الادارى بالمرفق العام من أهم ما يلزم لالحاق الصفة الادارية بالعقد، ومن ثم خضوعه للنظام القانوني المتميز للعقود الادارية، حيث أن مقتضيـــات ادارة وتسيير المرافق بانتظام واطراد هى وحدها التى تبرر ما يحتويه النظام القانونى للعقود الادارية من خروج عما هو مألوف فى عقود القانون الخاص ٠

وصلة العقود الادارية بالمرافق العامة تأخذ فى العمل صورا شتى ، فقد يتعلق العقد الادارى بتنظيم المرفق العام أو استغلاله أو المساهمة فـــى تسييره أو تقديم بعض الخدمات وتوريد بعض المواد اللازمة لتحقيق نشاطه ٠

(جـ) أن يتم ابرام العقد وفقا لأساليب القانون العام: ويعـــد هذا الشرط من أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية ، ولذلك يرى معظم الفقه فى هذا النشاط أنه المعيار الاساسى المعول عليه فى تمييز العقود الادارية، وهو يعنى أن ارادة السلطة الادارية قـــد اتجهت الى الظهور بمظهر السلطة العامة فيما تبرمه من عقود تتعلق بـادارة وتسيير المرافق العامة تحقيقا للصالح العام ، وهو الامر الذى يبرر تمتعهـــا بامتيازات القانون العام فى مواجهة المتعاقد معها والذى لا يسعى الا الــــى

---

(٢) حكمها فى ١٩٦٤/٣/٧ قضية ١٥٥٨ لسنة ٧ق ، المجموعـــة السنة ٩ ص ٧٦٣ ٠

تحقيق مصالحه الخاصة ، مما يؤدى الى تمتع الادارة كطرف فى العقد الادارى بمركز أسمى من مركز المتعاقد معها ، وذلك خلافا لمبدأ المساواة بين أطراف العقد ، الذى يحكم العقود المدنية .

ويستدل على توافر هذا الشرط فى العقد الادارى ، اذا تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، وهذه الشروط قد تدرج فى العقد الادارى اما لمصلحة الادارة ــ وهو الأمر الغالب ــ واما لمصلحة المتعاقد مع الادارة ، ومن أمثلة الحالة الأولى أن تحتفظ الادارة بالحق فى تعديل والغاء العقد بمحض ارادتها فى أى وقت ودون انذار مسبق وبغير توقف على ارادة المتعاقد معها ، أما الحالة الثانية فمن أمثلتها منح المتعاقد مع الادارة الحق فى تحصيل الرسوم من المنتفعين أو التمتع باحتكار معين أو الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة .

وليس من الضرورى أن يتضمن العقد مجموعة من الشروط الاستثنائية لكى يعتبر من العقود الادارية ، وانما يكفى أحد هذه الشروط لتتحقق الصفة الادارية للعقد (٣) . كما أنه ليس من المحتم أن تدرج هذه الشروط فى العقد ذاته اذ يكفى أن يحيل المتعاقدين فى هذا الشأن الى شروط موجودة فى نصوص قانونية أو لائحية مثل نصوص قانون المناقصات والمزايدات، اذ تعتبر هذه الشروط جزء من العقد ذاته وان وجدت خارج نصوصه .

ـ هذه هى الشروط اللازم توافرها فى العقد الادارى ، غير أنه من الملاحظ اكتفاء القضاء الادارى فى فرنسا باشتراط المتعاقد مع الادارة فى تسيير أحد المرافق العامة التى تكون خاضعة لقواعد القانون العام، لاعتبار العقد من العقود الادارية على أساس أن مثل هذه المرافق تتطلب أن تتعامل الادارة بشأنها بوسائل غير مألوفة فى معاملات الافراد العاديين فيما بينهم .

---

(٣) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٢/٣/٣١ قضية ١٨٨٩ لسنة ٦ق المجموعة السنة ٧ ص ٥٢٧ .

أما فى مصر فان المحكمة الادارية العليا اشترطت توافر الشروط الثلاثة سالفة الذكر اذ قضت بأنه" يتعين لاعتبار العقد اداريا أن تكون الادارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أوتنظيمه وأن يتميز بانتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة فى روابط القانون الخاص" (٤)

وهكذا يمكن القول بأنه يلزم توافر الشروط الثلاثة سالفة الذكر فى العقد الادارى ، ونحن نفضل هذا الاتجاه لأن الادارة أحيانا تستهدف المصلحة العامة من عقد يتصل بنشاط مرفق عام، وذلك بابرام عقود خاصة أو مدنية للحصول على خبرة أجنبية متميزة مثلا ، بحيث لا يكون أمام الادارة فى مثل هذه الحالة الا أن تتجه الى قواعد القانون الخاص لتحقيق هذه المصلحة العامة ولضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد .

ثانيا : أنواع العقود الادارية :

يذهب معظم الفقه الى أن العقود الادارية نوعان ، عقود ادارية بطبيعتها وهى التى يتوافر بشأنها الشروط الثلاثة التى سبق دراستها ، وعقود ادارية بنص القانون وهى التى ينص المشرع فى شأنها على اختصاص القضاء الادارى بالنظر فى المنازعات المتعلقة بها .

ومثال هذا النوع الأخير عقود الأشغال العامة وعقود التوريد التى تبرمها السلطة المركزية، وذلك فى فرنسا ، وعقود الامتياز (الالتزام) والاشغال العامة والتوريد ، وذلك فى مصر وفقا للمادة ١٠/١١ من قانون مجلس الدولة الحالى فى مصر لسنة ١٩٧٢ .

---

(٤) حكمها فى ١٩٦٨/٢/٢٤ قضية ٥٥٩ لسنة١١ق ، المجموعة السنة ١٣ ص ٥٥٧ .

والواقع أن النص على اختصاص المحاكم الادارية بفحص المنازعات المتصلة بهذه العقود ، يعني ضمنا أن هذه العقود انما تخضع لأحكام القانون الاداري ، وهو القانون الذي يحكم المنازعات الادارية ويتولى القضاء الاداري ، تطبيقه على ما يدخل من المنازعات في دائرة اختصاصه، ولذلك فان هذه العقود تعد ادارية حتى ولو تخلف أحد الشروط الثلاثة اللازم توافرها في العقود الادارية بطبيعتها أو بالأحرى أحد شرطي الاتصال بمرفق عام وتضمين العقد الشروط الاستثنائية غير المألوفة .

وعموما فانه الى جانب هذه العقود الثلاثة، فانه توجد أنواع أخرى من العقود الادارية التي تغطي جانب كبير من الاغراض التي تهدف الادارة الى تحقيقها من خلال ما تبرمه من عقود ، فالى جانب عقد الالتزام الذي سبق لنا دراسته تفصيلا عند عرض أساليب ادارة المرافق العامة، توجد أيضا عقود ادارية أخرى يطلق عليها الفقه" العقود الادارية المسماة" ،وهي عقود تقرر لها في القانون أو في القضاء نظام قانوني خاص،وأهم هذه العقود هي:

١ ـ عقد الأشغال العامة : عقد الاشغال العامة ـ وفقا لما قضت به محكمة القضاء الاداري (٥) ـ هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وأحد الافراد أو الاشخاص الخاصة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب الشخص العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يتفق عليه في العقد . وبذلك يتميز عقد الاشغال العامة بالخصائص التالية :

أ ـ أنه يرد على العقارات دون المنقولات مهما بلغت أهميتها أو قيمتها .

ب ـ أنه يتم لحساب شخص معنوي عام دون أن يشترط ملكيته للعقار ذاته .

---

(٥) حكمها في ١٩٥٦/١٢/١٣ ، المجموعة السنة ١١ ص ١٠٤ .

جـ ـ أنه يكفى أن تكون الغاية من العقد تحقيق النفع العام دون اشتراط أن يكون العقار مالا عاما ٠

د ـ أنه ليس من المهم موضوع الاشغال محل العقد، فقد يتمثل فى بناء عقار أو ترميمه أو صيانته أو هدمه بغض النظر عن أهمية هذا الموضوع، ولذلك يعتبر من الاشغال العامة القيام بأعمال التنظيف ورش الشوارع وكنسها ٠

٢ ـ عقد التوريد : وهو اتفاق بين أحد أشخاص القانون العام وأحد الافراد أو الاشخاص الخاصة، يتعهد الاخير (المورد) بمقتضاه بتوريد منقولات معينة، لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن محدد فى العقد، ومن ثم تنتقل المنقولات المتفق على توريدها الى ملكية الشخص الادارى بمجرد توريدها ٠

وبذلك يتميز عقد التوريد بأنه يرد على المنقولات دون العقارات ، وبأن هذه المنقولات لازمة لخدمة مرفق عام، وأن توريدها يتم برضاء المورد تنفيذا للعقد ٠

٣ ـ عقد النقل : وهو لا يختلف عن عقود التوريد سوى فى موضوع العقد ، اذ أن عقد النقل يتحدد موضوعه فى التزام فرد أو أحد الاشخاص الخاصة بنقل منقولات معينة للمكان المحدد من قبل الادارة، أو بوضع وسيلة نقل متفق عليها ، مثل السيارات أو السفن ، تحت تصرف الادارة ٠

وقد يختلط عقد النقل بغيره من العقود الادارية، اذ قد تبرم الادارة عقدا واحدا بتوريد ونقل بعض المنقولات ، وقد يتمثل عقد التزام أحد المرافق العامة فى نقل بعض المنقولات بصفة منتظمة وبمقتضى رسم نقل مقرر سلفا ٠

٤ ـ عقد تقديم المعاونة : وهو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الافراد أو شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص، بالمساهمة نقدا او عينا ، فى نفقات مرفق عام أو أشغال عامة ٠

فاذا عرض شخص المساهمة فى نفقات انشاء طريق عام يؤدى الــــى أملاكه أو عرضت غرفة تجارية ـ مثلا ـ الاشتراك فى نفقات انشاء ميناء أورصيــف بحرى لاستقبال الحاويات أو سفن البضائع ، فان عقد تقديم المعاونة ينعقــد بقبول الادارة لهذا العرض ، ومن ثم لايملك من تقدم بالعرض ، أن يسحــب عرضه بعد قبول الادارة له، اذ يصبح فى هذا الحالةملتزما نهائيا بتنفيــــذ مساهمته، ما لم تمتنع الادارة من تلقاء نفسها عن تنفيذ المشروع محل المساهمة فيكــون لمقدم المعاونة فى هذه الحالة التحلل من التزامه .

٥ ـ عقد القرض العام : وبمقتضاه يقرض أحد الأفراد أو الشركــات أو البنوك مبلغا من المال الى أحد أشخاص القانون العام.

والاصل أن يتم هذا العقد برضاء الطرفين واختيارهم، غير أنه قـد يكون القرض العام، فى بعض الأحيان ، اجباريا مما يشكك فى الصفة العقديــة لمثل هذا الاتفاق ، حيث أن القروض العامة الاجبارية تتم بالارادة المنفــردة للسلطة الادارية، وهو يكاد أن يماثل الضريبة المفروضة على الأشخــاص، بالرغم من احتفاظ المقرض بحقه فيما يدفعه كقرض وما يدره من فوائد .

٦ ـ عقد الايجار الادارى : وبمقتضاه يقدم أحد الاشخاص خدماتــه لشخص ادارى مقابل عوض يتفق عليه، أو يقدم أحد الأشخاص الى جهـــة الادارة أشياء معينة، يكون للادارة عليها حق الانتفاع فقط لمدة محددة ومقابل أجــر يتفق عليه. ومثال ذلك تأجير بعض المعدات للادارة لاستخدامها فى انشــاء ميناء أو طريق عام .

المبحث الثانى
ابرام العقود الاداريـة

من مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية أن تخضع الادارة عند ابرام عقودها لبعض القيود التى لا يقابلها الافراد أو أشخاص القانون الخاص عند ابرامهم لعقودهم الخاصة، والسبب فى ذلك يرجع الى أن الادارة عند ابرامهـا للعقود الادارية انما تستهدف وجه المصلحة العامة وتغليبها على المصالـح الشخصية أو الخاصة، كما أنها فى عقودها الادارية انما تتصرف فى أموال عامـة أساسها تمويل الافراد بما يدفعونه من ضرائب ورسوم مختلفة للخزينة العامة ٠

وترتيبا على ذلك ، فان المشرع غالبا ما يفرض على الاشخـاص الادارية قيودا عديدة تتعلق بشكل العقد والاجراءات الواجب اتخاذها قبـل ابرامه، وبأسلوب اختيار من تتعاقد الادارة معه ٠

أولا : من حيث الشكل والاجراءات :

١ ـ فمن حيث الشكل استقر القضاء الادارى فى مصر على أنـه يجب كأصل عام فى العقود الادارية أن تبرم كتابة، الا اذا كانت قيمة العقـد ضئيلة وتم ابرامه بطريق الممارسة ، وتأخذ الكتابة عادة صورة دفتر شـروط تحرره الادارة سلفا ويقبله المتعاقد ٠

٢ ـ كما قد يستلزم القانون ضرورة الحصول على تصريح سابق قبـل أن تبرم الادارة بعض أنواع العقود الادارية، أو على الاقل أخذ رأى بعـض الجهات الاستشارية قبل ابرام بعض العقود التى تزيد قيمتها عن حد معيـن ، مثل الجهاز المركزى للمحاسبات ومجلس الدولة ٠

وجدير بالذكر أنه وفقا للمادة ١٢١ من الدستور المصرى الحالى فانه لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض(عقد القرض العام) او الارتباط بمشـروع يترتب عليه اتفاق مبالغ من خزانة الدولة(مثل عقود الاشغال العامة والتوريد)

فى فترة مقبلة الا بموافقة مجلس الشعب، كما أن المادة ١٢٣ من الدستور تنص بدورها على أن "يحدد القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة (عقود الالتزام أو الامتياز) ..."

٣ – ومن ناحية أخرى تتميز العقود الادارية عن عقود القانون الخاص بأن شروط التعاقد فى العقود الادارية محددة عادة قبل التعاقد بواسطة السلطة الادارية وحدها ، ويقتصر دور المتعاقد بالنسبة لها على تحديد موقفه ازاءها اما بقبولها جملة أو رفضها جملة، و تعرف الوثائق التى تحمل شروط التعاقد التى تعدها الادارة باسم قائمة الشروط ويغلب أن يكون لكل وزارة أو مصلحة قائمة شروط خاصة تعدها لأغراض التعاقد.

وقوائم الشروط المعروفة فى القانون الفرنسى مثلا أنواع وهى:

أ – قائمة الشروط العامة وهى التى تتضمن الشروط التى تطبق فى كل العقود التى تبرمها الوزارة أو المصلحة المختصة. مثال ذلك قائمة الشروط التى تعدها وزارة الرى لكل عقود الأشغال العامة أو عقود التوريد التى تبرمها.

ب – قائمة الشروط المشتركة وهى تتضمن الشروط التى تطبق بالنسبة لنوع معين من أنواع الأشغال العامة أو التوريد.

جـ – قائمة الشروط الخاصة وهى تتضمن الشروط الخاصة لكل عقد على حده وهى تكمل الشروط الواردة فى قائمة الشروط العامة أو المشتركة ويجوز أن تخالفها ومن أمثلة الشروط التى تتضمنها القائمة الخاصة ، تحديد المواصفات التفصيلية للعمل أو المواد المطلوب توريدها والمدة المحددة للتنفيذ والسعر الذى يتم على أساسه التعاقد وهكذا.

٤ – وأخيرا فان الاختصاص بابرام العقود الادارية لا يكون الا لاشخاص معينين يحددهم المشرع ، كما قد يشترط القانون ضرورة صدور

قرار من الجهة الادارية المختصة قبل اتمام التعاقد وبعد التأكد من توافـــــر الاعتماد المالى اللازم ، وهو مايسمى بشرط الاذن المالى ٠

ثانيا : من حيث أساليب اختيار المتعاقد مع الادارة :

اذا كانت العقود المدنية تقوم على حرية التعاقد ومن ثم اختيـــار كل طرف فى العقد لمن يرغب فى التعاقد معه ، فان الأمر يختلف فـــى العقود الادارية حيث لا تتمتع الادارة بحرية كاملة فى اختيار من تتعاقد معه ، وذلك اذا ما فرض عليها المشرع أساليب وطرق معينة يلزم اتباعها حتى يمكـــن الوصول الى أكثر المتقدمين كفاءة وقدرة على الوفاء بالتزاماته ، مع مراعاة تحقيـــق أكبر وفر مالى للخزانة العامة فى نفس الوقت وذلك باختيار المتعاقد الذى يقـدم أفضل الشروط المالية ، تحقيقا للمصلحة العامة ٠

وأهم الأساليب التى يفرضها القانون على جهة الادارة بصدد اختيـار المتعاقد معها هى اسلوب المزايدات والمناقصات ومع ذلك فان القاعدة العامـــة فى مصر وفرنسا هى حرية التعاقد ما لم يوجد نص خاص يفرض علـــى الادارة الالتجاء الى أسلوب محدد ، و من ثم يكون للادارة فى هذه الحالة ــ أى حالة عدم وجود نص ــ أن تلجأ الى أسلوب الممارسة أو الأمر المباشر بالاضافة الـــى أساليب المناقصات والمزايدات ، وذلك لا ختيار من تتعاقد معه ٠

وعليه يلزم علينا أن نميز بين هذه الأساليب المختلفة لبيان خصائص وأحكام كل منها ٠

أ ــ المناقصات (والمزايدات) : المناقصة والمزايدة تعبيران يـــدلان على معنى واحد ونظامهما القانونى واحد ، ولكن جرى العمل على تخصيص تعبير المناقصة للحالات التى تكون فيها الادارة مشترية أو ملتزمة ماليا بدفع أجر عـــن عمل يقدم لها ، فى حين يطلق اصطلاح المزايدة على الحالات التى تكـــون الادارة فيها بائعة ، ومن ثم تؤدى الى ادخال عوائد مالية فى الخزانة العامة ، وعليه يقتصر الفارق بين المناقصة والمزايدة على الهدف من كل منهما ، فهو فـــى

المناقصة الحصول على أفضل سعر بغير مساس بجودة محل العقد ، أى الجمع بين أفضل الشروط المالية والفنية التى تتحقق بها مصلحة المرفق العام ، وهو فى المزايدة الحصول على أفضل عرض يتمثل فى أعلى سعر أو عطاء لما تبيعه أو تؤجره الادارة .

وطريق المناقصة او المزايدة لاختيار الادارة من يتعاقد معها ، يهيمن عليه ما يعرف فى الفقه الادارى بمبدأ " آلية الارساء" ، أى رسو المناقصة أو المزايدة على أفضل عطاء تقدم به أحد المتنافسين للتعاقد مع الادارة ، بصرف النظر عن أية أسباب أخرى ، قد تراعيها الادارة فيما لو تمتعت بحرية الاختيار كاملة ، ومن ثم فان أسلوب المناقصة او المزايدة يعنى تحديد طريقة اختيار المتعاقد مع الادارة ، والتزام الادارة باتباع هذه الطريقة ، والالتزام بالنتيجة التى يسفر عنها هذا الاسلوب ، وبالتالى التعاقد مع من رسى عليه العطاء .

وتقوم المناقصات والمزايدات على عدة مبادىء أساسية لا تتغير من دولة لأخرى وهى :

١ ـ ضرورة الاعلان عن المناقصات : وذلك لضمان علم كل من يتحقق بشأنه شروط التقدم بعطائه فى المناقصة أو المزايدة ، وقد يتم الاعلان بالنشر فى الجرائد أو باعلان ذوى الشأن اذا كانت المناقصة مقيدة وتقتصر على عدد محدد من الافراد والشركات .

٢ ـ حرية المناقصة : وذلك باتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيه الشروط لكى يتقدم بعطائه ، ما لم يثبت للادارة عدم جدية البعض ـ وذلك فى المناقصات العامة ـ وعدم قدراتهم ماليا أو فنيا .

٣ ـ المساواة بين المتقدمين : وذلك بتطبيق كافة اجراءات المناقصة وشروطها ، ومواعيدها عليهم جميعا دون تمييز لأحدهم ، باعفائه مثلا من شروط

المواعيد أو دفع التأمين اللازم.

٤ ـ سرية العطاءات : وهو ما يتحقق بوضع جميع العطاءات في ظروف مغلقة، بحيث لا تعلم الادارة والمتقدمين بعطاءاتهم بمضمون العطاءات قبل وقت فتح هذه المظاريف. (٦)

ومن الملاحظ أن المناقصات اما أن تكون مفتوحة للجميع دون ان تقتصر المنافسة فيها على أشخاص معينين، واما أن تكون مقيدة بحيث تقتصر المنافسة فيها على أشخاص محددين تختارهم الادارة سلفا.

وينظم موضوع المناقصات والمزايدات في مصر حاليا القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣.

ووفقا لهذا القانون تتنوع المناقصات الى ثلاثة أنواع هي :

١ ـ المناقصة العامة:

تمثل المناقصة العامة القاعدة العامة التي يجب على الادارة أن تلجأ اليها عند اختيارها للمتعاقد معها، في حين تعتبر الطرق الأخرى للتعاقد استثناء على هذه القاعدة العامة. (٧)

والمناقصة العامة مفتوحة لكل من يريد التقدم بعرضه طالما أن شروط المناقصة متوافرة فيه، فهي غير محددة بعدد معين من المتناقصين.

وهذه المناقصة قد تكون داخلية، فيقتصر الاعلان عنها داخل جمهورية العربية، وقد تكون خارجية يتم الاعلان عنها في مصر والخارج. (٨)

---

(٦) راجع في ذلك حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٤/١١/١٩٦٢ قضية ١٥٥٨ لسنة ٦ق ، المجموعة السنة ٨ ص ١٠٦.

(٧) انظر المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ٨٣

(٨) المادة الثانية من القانون.

٢ ـ المناقصة المحدودة :

يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء فى داخل مصر أو خارجها ممن ثبتت كفايتهم فى النواحى الفنية والمالية، ويلزم توافر شروط حسن السمعة بشأنهم.(٩)

وتلجأ الادارة الى هذا النوع من المناقصات عندما تريد القيام بمشروعات ضخمة أو ذات أهمية كبيرة، كانشاء ميناء جوى أو بحرى أو مفاعل ذرى ، أو مصنع أجهزة الكترونية أو عملية دقيقة، وغيرها من العمليات التى تحتاج الى درجة عالية من الكفاءة والخبرة .

ويتم التعاقد بطريق المناقصة المحدودة بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد، ثم تجرى الدعوة لتقديم العطاءات بموجب كتيب موصى عليها بعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام اللائحة التنفيذية للقانون .

وعند الاقتضاء يجوز الاعلان عن المناقصة المحدودة باذن من الرئيس أو المدير العام المختص، وتتبع فى هذه الحالة ذات اجراءات النشر عن المناقصة العامة.(١٠)

وفيما عدا ذلك تسرى على المناقصات المحدودة سائر الأحكام المنظمة للمناقصات العامة.(١١)

---

(٩) المادة الثالثة من قانون المناقصات والمزايدات.
وقد نصت المادة ٣٨ من اللائحة التنفيذية للقانون على أن "تجرى المناقصة المحدودة بين اكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة والمقيدين بسجل المقاولين والموردين".

(١٠) المادة ٣٧ من اللائحة التنفيذية للقانون الصادر بالقرار رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ .

(١١) المادة ٣٩ من اللائحة التنفيذية.

٣ ــ الناقصة المحلية :

يكون الاشتراك فى هذه المناقصة مقصورا على الموردين والمقاوليـــن المحليين الذين تقرر جهة الادارة المختصة التعامل معهم• (١٢)

وتوجه الدعوة الى اكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحلييـــن من المقيدين بالسجل الخاص بذلك•

ويجوز توجيه الدعوة الى غير المقيدين بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة• (١٣)

وترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أوالموردين الذيــن تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك فى المناقصة بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف بوقت لا يقل عن خمسة أيـــام أو أربع وعشرين ساعة عند الاستعجال • (١٤)

ويكون اعتماد توصيات لجنة البت فى المناقصة فى حدود عشرين ألف جنيه للمدير العام المختص، ولغاية اربعين الف جنيه لرئيــــــس الادارة المركزية• (١٥)

وأخيرا ، فانه بالنسبة لاجراءات المناقصات والمزايدات فهى تتمثـل أولا فى بعض الاجراءات التمهيدية التى تتصل باعداد المواصفات وتحديـــــــــد الكميات المطلوبة، واعداد شروط المناقصة التى يلزم مراعاتها عند طرحهـــا • وذلك قبل الاعلان عنها ، ثم الاعلان عن المناقصة بالطريق المحدد قانونـــا

---

(١٢) انظر المادة الرابعة من القانون •

(١٣) المادة ٤١ من اللائحة التنفيذية•

(١٤) المادة ٤٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات•

(١٥) المادة ٤٥ من اللائحة التنفيذية•

متضمنا المواصفات والكميات والشروط سالفة الذكر ، والمهلة المحددة لتقديم العطاءات والشروط العامةللازم اتباعها فى هذه العطاءات وخاصة فيما يتعلق بمدة سريان العطاء والتأمين الابتدائى وكيفية التقدم بها وتسليم مظاريفها وما يصحبها من عينات فى بعض الأحوال •

يلى ذلك مرحلة البت فى المناقصة وذلك بفتح مظاريف العطاءات والبت فيها بواسطة لجنة المناقصات ووفقا للاجراءات التى ينص عليها القانون ، ومن ثم يتم ارساء المناقصة وفقا لترتيب العطاءات بعد فرزها واستبعاد مالا تتوافر فيه الشروط المطلوبة ، بحيث تلتزم الادارة قانونا باختيار أفضل هذه العطاءات ترتيبا ، غير أنه يلزم ملاحظة أن ارساء المناقصة على شخص معين لايزيد عن كونه اختيارا موءقتا ، لا يوءدى بالضرورة الى التعاقد معه •

ولذلك فان المرحلة الأخيرة من هذه الاجراءات ، وهى أهمها قانونا ، هى مرحلة اعتماد المناقصة ، أى المصادقة على ارساء المناقصة أو المزايدة من الجهة الادارية المختصة ، ومن ثم يتم التعاقد مع من رست عليه هذه المناقصة ، فان لم تعتمد ، فان الادارة لا تلتزم بالتعاقد ، حيث أن لها فى هذا الصدد سلطة تقديرية ، فهى وان كانت تلتزم بألا تتعاقد الا مع من أرسيت عليه المناقصة أو المزايدة ، الا أنها تملك ألا تتعاقد مطلقا •

ب ــ الممارسة والأمر المباشر : بينا سلفا أن الأصل فى العقود الادارية هو حرية الادارة فى اختيار من تتعاقد معه ما لم يكن هناك نص ملزم باتباع طريق محدد ، وهو ما يتحقق غالبا بخصوص عقود التوريد وعقود الأشغال العامة حيث يلزم اتباع طريق المناقصات أو المزايدات بشأنها •

فاذا لم يوجد نص ، فان للادارة أن تختار من الطرق المختلفة فى اختيار المتعاقد معها ، ما تراه ملائما تحقيقا للمصلحة العامة ، ومن ثم يجوز لها أن تسلك طريق المناقصات والمزايدات مختارة ، أو أن تلجأ الى أسلوب الممارسة أو الأمر المباشر وهى أساليب تمنح الادارة المزيد من حرية الاختيار دون التقيد باجراءات المناقصة والمزايدة ، وخاصة عدم الالتزام بمبدأ

" آلية الارساء" الذى أشرنا اليه سابقا .

وأسلوب الممارسة يعنى أن تقوم الادارة بالتفاوض مع عدد من الأفراد أو الشركات للتعرف على أسعارهم وشروطهم، وقد يتم ذلك عن طريق مماثل لاسلوب المناقصة بتقديم عطاءات من جانب المتقدمين ولكن دون التزام من جانب الادارة باختيار مناقص بعينه، أى دون التزام بمبدأ آلية الارساء.

ويمكن أن تكون الممارسة فى هذه الحالة، ممارسة عامة أو ممارسة محددة مثلما هو الحال فى المناقصات، وعليه اما أن توجه الادارة الدعوة الى جميع المقاولين الشركات فى صورة ممارسة مفتوحة، واما أن توجه الدعوة الى مقاولين وشركات محددين مقدما وعندئذ تكون الممارسة محدودة.

وفى الحالتين فان ارساء العطاء لايجرى على أقل عطاء تلقائيا أو آليا، بل تختار الادارة العطاء الذى ترى فيه أنه ملائم لها، واضعة نصب عينيها الجوانب الفنية والمالية، تحقيقا للمصلحة العامة، ولذلك فبالرغم من السلطة التقديرية الواسعة التى تتمتع بها الادارة فى هذه الحالة، الا أن تمتعها بتلك السلطة لايجيز لها الانحراف بها، فلا يجوز لها مثلا أن تتعمد الاضرار بأحد المتقدمين بتفضيل متعاقد آخر عليه لمجرد محاباته دون سبب مشروع، اذ يؤدى ذلك الى أن يشوب قرار التعاقد مع هذا الأخير عيب الانحراف بالسلطة .

ومما يميز حرية الادارة فى هذه الطريقة عن أسلوب المناقصة التقليدى ، أن الادارة تستطيع بعد ترشيح أحد المتقدمين بالعطاءات للتعاقد معها ، أن تطلب منه أن يخفض من أسعاره والتفاوض معه على الشروط الأخرى .

ومن ناحية أخرى يمكن للادارة اتباع أسلوب الممارسة بطريقة أخرى خلاف المناقصة ، وهى طريقة بدأت تنتشر فى فرنسا ودول أخرى ويطلق عليها "التعاقد اثر منافسة " وبمقتضاها تقوم الادارة باختيار من تتعاقد معه وذلك

باجراء مسابقة يتنافس فيها كل من تتوافر فيه القواعد والشروط التى تضعهـــا الادارة سلفا بحيث تدعوهم الادارة للاشتراك فى جلسة واحدة مشتركـــة يتنافسون فيها معا، ولكن دون أن تلتزم الادارة بترتيب المتنافسين على نحو معين أو التقيد بالاجراءات والشروط المتبعة فى المناقصات، وكل ما تلتزم بـه الادارة هو احترام القواعد والشروط التى وضعتها للمنافسة والتى أعلنت عنهـا ، بحيث تختار من بين المتنافسين من تنطبق عليه هذه الشروط وتلك القواعـد دون تقيد بترتيب معين ما لم تكن قد اعلنت سلفا تقيدها باختيار الأول فـى الترتيب، ومن ثم فان اختيار الادارة لأحد المتنافسين ممن لا تنطبق عليهـم كافة القواعد والشروط الجوهرية المعلن عنها ، يؤدى الى بطلان قرار التعاقد معه لعدم المشروعية .

أما أسلوب الأمر المباشر فهو يعنى أن للادارة أن تمارس حرية تامة فى اختيار من تتعاقد معهم شأنها فى ذلك شأن الافراد العاديين فى اختيارهم لمن يتعاقدون معهم ، بحيث يكون لها أن تختار وتتفاوض وتتفاهم على كـل شىء دون قيد أو شرط ، اللهم الا القيود العامة التى ترد على جميع صـور التعاقد .

وتلجأ الادارة الى هذا الأسلوب اذا كانت هناك حالة استعجـال تحول دون الالتجاء الى اجراءات المناقصة الطويلة أو الممارسة، أو اذا ثبت عدم جدوى أساليب المناقصة والممارسة وذلك اذا تعلق موضوع التعاقد باحتكار قانونى أو فعلى تتمتع به شركة معينة مما يعنى استحالة المناقصة عملا وهـو ما يتحقق أيضا اذا كان تنفيذ العقد يتطلب مهارات وخبرات لا تتوافر الا فـى شركة معينة أو لدى شخص معين .

كما تلجأ الادارة الى أسلوب الأمر المباشر اذا كان موضوع التعاقـد يتطلب السرية مما لا يمكن معه الالتجاء الى الأساليب الاخرى التى تتـم بصورة علنية، وكذلك الامر اذا تعلق الأمر بعقود تتسم بالاعتبار الشخصـى مثل عقد التزام المرافق العامة.

وقد يتدخل القانون لتنظيم كيفية التجاء الادارة الى أساليب الممارسة والأمر المباشر، فقد نصت المادة الخامسة من قانون المناقصات والمزايدات على أن التعاقد عن طريق الممارسة يكون في الاحوال الاتية :

١ ـ الأشياء المحتكر صنعها أو استيرادها .

٢ ـ الأشياء التي لا توجد الا لدى شخص بذاته .

٣ ـ الاشياء التي لايمكن تحديدها بمواصفات دقيقة .

٤ ـ الاعمال الاستشارية او الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها اجراؤها بمعرفة فنيين أو اخصائيين أو خبراء معينين .

٥ ـ الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية .

٦ ـ التوريدات ومقاولات الاعمال والنقل وتقديم الخدمات التي تتصف بالاستعجال او التي تقتضي طبيعتها او الغرض المرغوب الحصول عليها من اجله أن يكون اختيارها وشراؤها من أماكن انتاجها ، أو التي تقضي المصلحة العامة أن يتم بطريقة سرية ، أو التي قدمت عنها عطاءات تزيد عن أسعار السوق ولا يسمح الوقت باعادة طرحها في المناقصة .

ويمكن التعاقد بالاتفاق المباشر في الحالات العاجلة بشرط ألا تزيد القيمة المالية عن ألفي جنيه في المشتريات العادية ومقاولات النقل ، وأربعة آلاف جنيه في مقاولات الاعمال ، وثمانية آلاف جنيه في شراء الاصناف المحتكرة من شركات في الخارج ليس لها وكلاء في مصر .

المبحث الثالث
تنفيذ العقود الادارية

بينا في المبحث السابق أوجه الخلاف التي تميز العقد الاداري عن العقد المدني بصدد ابرام العقود ، واذا كانت هذه الأوجه واضحة و كبيرة ، الا أن الاختلاف بين العقود الادارية والعقود المدنية في صدد القواعد الخاصة بتنفيذ العقد ، هو اختلاف يكاد أن يكون جذريا ٠

فالقواعد والمبادىء التي تحكم العقود المدنية في القانون الخاص مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله الا بمعرفة الطرفين مهما تغيرت الظروف، ومبدأ المساواة بين طرفي العقد ، ومبدأ سلطان الارادة، كلها مبادىء لا تسري على اطلاقها بالنسبة للعقود الادارية، حيث يعترف القانون الاداري والقضاء الاداري بحقوق وسلطات خاصة للادارة من شأنها اهدار كافة هذه المبادىء ٠

والعلة من هذه الحقوق وتلك السلطات أن العقد الاداري هو وسيلة أساسية من وسائل ادارة وتسيير المرافق العامة، مما يحتم ضرورة أن تتفق قواعد تنفيذ العقد الاداري مع قواعد سير المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله ، كما أن احتواء العقد الاداري على شروط استثنائية هو دليل على وجود السلطة العامة طرفا في العقد ، مما يؤدي الى اخضاع تنفيذه لقواعد استثنائية ولو لم يكن منصوصا عليها في العقد ، فلا ريب في أن وجود السلطة العامة طرفا في العقد ، و احتفاظها بامتيازاتها ومقوماتها يخل بالتوازن بين مركز الجهة الادارية و مركز المتعاقد معها ، ويجعل الأولى في مركز أسمى من مركز الفرد ، وهو أمر يبرره أن الادارة هي بحكم رسالتها مسؤولة أساسا عن ضمان سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى٠

وفي هذا الشأن تقول المحكمة الادارية العليا في مصر "أن العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الافراد الخاصة

فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازنة ومتساوية، اذ بها فى العقود الادارية غير متكافئة، اذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الادارى" (١٦) .

واذا كان ذلك شأن الادارة بالنسبة للمتعاقد معها ، فانه فى الوجه المقابل لذلك، يتمتع هذا المتعاقد بامتيازات لا نظير لها عادة فى عقود القانون الخاص • وعليه يلزم علينا أن نوضح بدقة حقوق والتزامات كل من الطرفين مع ملاحظة أن حقوق كل طرف تعبر فى ذات الوقت عن التزامات لدى الطرف الآخر ومن ثم يمكن لنا تحديد مركز كل من الطرفين على حده لبيان حقوقه والتزاماته• (١٧)

أولا : بالنسبة للجهة الادارية :

تتمتع جهة الادارة المتعاقدة بعدة امتيازات أو سلطات أو حقوق فى مواجهة المتعاقد معها ، وذلك استنادا الى أن العقود الادارية انما تنعقد بهدف تسيير المرفق العام بانتظام واطراد وفقا للظروف المتغيرة ، وذلك بالاستعانة بالنشاط الخاص الذى يلزم أن يتم فى اطار هذا الهدف •

ومن هنا استقر القضاء الادارى على تخويل جهة الادارة المتعاقدة السلطات التالية :

أ ــ سلطة الرقابة على تنفيذ العقد:

بالنظر الى ان العقد الادارى يتصل دوما بنشاط مرفق عام، فان التزامات المتعاقد مع الادارة تكون أشد صرامة منها فى العقد الخاص، ولذلك

---

(١٦) حكمها فى ١٩٥٧/٤/٢٠ قضية ١٥٢٠ لسنة ٢ق•

(١٧) لمزيد من التفاصيل راجع الدكتوره عزيزة الشريف : دراسات فى نظرية العقد الادارى ــ ١٩٨١ــ ص ١٢٨ ومابعدها•

يتطلب القضاء الادارى من المتعاقد مع الادارة أن يبذل أقصى درجة من العناية و الحرص في تنفيذ التزاماته، ويفرض عليه أن يقوم بتنفيذ العقد بنفسه ويمنعه من احلال أى شخص محله في تنفيذ العقد كله أو بعضه الا بموافقة الادارة مقدما، وهو ما يعنى أن التزامات المتعاقد مع الادارة هى التزامات شخصية، وعلة ذلك ان اى اهمال أو تأخير أو تقصير فى تنفيذ العقد قد يخل بحسن سير المرفق الذى يتصل به هذا العقد، أو يحول دون دوام سيره بانتظام واطراد.

وترتيبا على ذلك يكون للادارة حق مراقبة تنفيذ التزامات المتعاقد معها و الاشراف على التنفيذ فى مراحله المختلفة، وتوجيه المتعاقد معها بشأن اساليب التنفيذ، للتأكد من قيام المتعاقد بتنفيذ العقد وفقا للشروط الفنية والادارية والمالية الواردة فيه .

ويعترف القضاء الادارى للجهة الادارية المتعاقدة بهذه السلطة، ولو لم يرد بشأنها أى نص فى العقد الادارى، باعتبارها من النصوص ذات الطبيعة التنظيمية ــ وليست التعاقدية ــ وبالتالى لايجوز النص على عكسها، كما لايمكن النزول عنها، تأسيسا على أن الادارة هى المسؤولة عن تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، وهو ما يقتضى منها الاشراف على النشاط الفردى حين يساهم فى تسيير المرفق العام، وهى لا تستطيع فى هذا الصدد التخلى عن مسؤولياتها بشأن المرافق العامة، لتعلق هذه المسألة بالنظام العام.

وسلطة الادارة فى الرقابة على تنفيذ العقود الادارية، قد تباشرها بالاضافة الى الجهة الادارية المتعاقدة، جهات رقابية أو رئاسية أخرى ، مثل الجهاز المركزى للمحاسبات أو الرقابة الادارية.

وعموما فمن الملاحظ أن سلطة الادارة فى الرقابة تختلف ضيقا واتساعا من عقد لآخر، فهى متشددة فى عقود الاشغال العامة أكثر مما هى عليه فى عقود التوريد مثلا، ومع ذلك فان هذه السلطة ليست سلطة مطلقة، بل تحكمها عدة اعتبارات قوامها توفير الضمانات اللازمة للمتعاقد ضد احتمال تعسف

الادارة تجاهه، وأهم هذه الضمانات ما يلي :

أ ـ لا يجوز للادارة استعمال سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد لتحقيق غرض آخر لا يتصل بموضوع العقد والمرفق العام الذى يتصل به ، والا كان ذلك انحرافا بالسلطة.

ب ـ لايجوز أن تؤدى الرقابة على تنفيذ العقد الى الخروج عن موضوعه أو تعديله، ففى عقود الالتزام مثلا ، ليس للادارة تحت ستار الرقابة ، أن تتدخل في أسلوب الادارة الداخلية للمرفق موضوع العقد، والا تحول اسلوب ادارة المرفق من طريق الالتزام الى طريق الاستغلال المباشر.

جـ ـ للمتعاقد أن يطالب الادارة بالالتزام بالقوانين واللوائح المنظمة لممارسة الادارة سلطتها في الرقابة على تنفيذه للعقد، سيما تلك النصوص التى تنظم بعض اجراءات حمايته وتوفير الضمانات الضرورية له.

ب ـ سلطة توقيع الجزاءات الادارية على المتعاقد :

العقد الادارى ـ شأنه فى ذلك شأن العقود المدنية ـ يخضع لمبدأ وجوب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ومن ثم فاذا ارتكب المتعاقد مع الادارة أثناء تنفيذ التزاماته المحددة فى العقد أية مخالفة كالتنفيذ المخالف للمواصفات أو التأخير عن المواعيد المحددة في برنامج التنفيذ، فانه بذلك يكون قد أخل بالتزامه العقدى.

بيد أن الاخلال بالالتزامات العقدية من جانب المتعاقد مع الادارة، لا يمثل اخلالا بالتزام عقدى فحسب، ولكنه ينطوى على المساس بالمرفق العام موضوع العقد ، ولذلك فان القانون لم يكتف بالسماح للادارة بالالتجاء الى القضاء لضمان تنفيذ العقد ، وانماأجاز للادارة أن توقع على المتعاقد معها بعض أنواع الجزاءات الادارية وذلك بارادتها المنفردة ودون انتظار لحكم القضاء، فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته الواردة في العقد الادارى بهدف منع ما قد

يترتب على هذا الاخلال من اضطرابات اقتصادية أو مالية تلحق بالمرفق العام . (١٨)

ولذلك فمن المسلم به أن الهدف من الاعتراف للادارة بسلطة توقيع الجزاءات الادارية على المتعاقد معها ، ليس مجرد معاقبة المتعاقد على تقصيره او تعويض الادارة عما قد يلحق بها من أضرار ، او اعادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة ، وانما توفير الوسائل الكافية للادارة والتي تضمن حماية مصالح المرفق العام لتسييره بانتظام واطراد ، وهو الامر الذى يستهدفه العقد الادارى فى الأصل .

وتتميزهذه السلطة بالخصيصتين التاليتين :

١ ـ حق الادارة فى توقيع الجزاء الادارى بارادتها المنفردة ، دون حاجة الى الالتجاء مقدما الى القضاء ، ما لم يتمثل الجزاء فى الغاء العقد وتحميل المتعاقد تبعات هذا الالغاء .

٢ ـ تمتع الادارة بحق توقيع الجزاء الادارى ولو لم ينص عليه فى العقد ، فهى سلطة مستقلة عن نصوص العقد ،ومن ثم فان خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الادارة من الحق فى توقيعها ، كما أن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع جزاءات أخرى غيرها ، بل ان وضع جزاءات لبعض المخالفات لايعنى مصادرة حق الادارة فى توقيع جزاءات على أية مخالفات أخرى .

غير أن سلطة الادارة فى توقيع الجزاءات الادارية على المتعاقد معها ليست سلطة مطلقة ، فهى من ناحية مقيدة بضرورة انذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة عليه ما لم ينص العقد على اعفاء الادارة من شرط الانذار أو ورد حكم بذلك في دفتر الشروط، او اذا اقتضت الضرورة ذلك اذا قامت ظروف استثنائية

---

(١٨) المحكمة الادارية العليا فى ٢٨/١٢/١٩٦٣ قضية ١١٠٩ لسنة ٨ ق ، المجموعة السنة ٩ ص ٣٢٤ .

وغير طبيعية، كما أن هذه السلطة ـ من ناحية أخرى ـ تخضع مثل سائر سلطات الادارة لرقابة القضاء، لضمان عدم تعسف الادارة فى مواجهة المتعاقد معها أو مخالفة قواعد القانون، وهى رقابة لا تقف عند هذا الحد أى مراقبة المشروعية، وانما تتعداها الى فحص مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد والتقصير أو الاخلال المنسوب اليه.

والجزاءات الادارية فى العقود الادارية متنوعة، و تشمل الصور التالية :

١ ـ الجزاءات المالية : وهى قد تتمثل فى الغرامات التى يمكن الاتفاق على مقدارها مقدما فى العقد بحيث يلتزم بدفعها المتعاقد متى اخل بالتزاماته، والتى ولئن كان القصد منها تغطية الأضرار الحقيقية التى تلحق بالادارة نتيجة اخلال المتعاقد معها، الا أن الادارة لا تحتاج الى اثبات أنه قد أصابها ضرر معين، فهى بمثابة تعويضات جزافية تستهدف فى الاصل الضغط على المتعاقد وارغامه على التنفيذ فى أكمل وجه. (١٩)

كما انها ـ أى الجزاءات المالية ـ قد تتمثل فى التعويضات التى تطالب بها الادارة المتعاقد معها اذا أخطأ فى تنفيذ العقد ولحق بالادارة نتيجة هذا الخطأ أضرار فعلية قامت باثباتها، فيجوز للادارة أن تقدر التعويض وتصدر قرارات فردية بتحصيلها، ولكن يجوز للأفراد المتعاقدين معها أن ينازعوا هذا التقدير أمام القضاء الذى يتولى تقدير التعويض وفقا لجسامة الضرر الذى تحملته الادارة مع مراعاة الأخطاء المتبادلة لكل من الطرفين وفقا للقواعد المخصصة ،وتلجأ الادارة الى هذا الجزاء اذا تجاوزت الأضرار قيمة الغرامة المحددة فى العقد .

---

(١٩) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٣/١١/٣٠ قضية ١٠٨٦ لسنة ٧ق المجموعة السنة ٩ ص ١٦١.

وأخيرا قد يتمثل الجزاء المالى فى مصادرة التأمين الذى سبــــق وأن أودعه المتعاقد مع الادارة بعد اخطاره بقبول التعاقد معه، وهو ما تقــــوم بتوقيعه الادارة اذا اضطرت الى فسخ العقد نتيجة عدم قيام المتعاقد معهــــا بتنفيذ التزاماته، أو اذا كان المتعاقد قد قام بالتنفيذ على غير الوجه المطلــوب، أو اذا تراخى فى التنفيذ وقصر فى و اجباته •

٢ ـــ التنفيذ على حساب المتعاقد : اذا أخل المتعاقد مـــع الادارة بالتزاماته بصدد تنفيذ العقد فان للادارة أن تقوم بالتنفيذ على حساب المتعاقــد اما بنفسها مباشرة وهو ما يتحقق خاصة فى حالة الاستعجال أو الضرورة التـــى لا تحتمل البحث عن متعاقد آخر جديد، واما بالتعاقد مع شخص آخر ليقـــوم بالتنفيذ بدلا من المتعاقد الأول •

والتنفيذ على حساب المتعاقد يعنى عدم انتهاء الرابطة التعاقدية بين الادارة والمتعاقد معها، ومن ثم فهو لا يؤدى الى انهاء العقد أو فسخـــه ؛ وكل ما يترتب على هذا الجزاء أن المتعاقد الذى وقعت عليه الادارة هـــذه العقوبة يتحمل كافة الآثار المالية الناتجة عن تنفيذ العقد بواسطة غيـــرة؛ وبالتالى يتحمل فروق الأسعار اذا كانت قد ارتفعت مع حرمانه من المطالبـــة بالفوارق اذا كانت الاسعار قد انخفضت •

وكذلك الأمر اذا انخفضت درجة الجودة ـــ اذا وجدت ـــ كما لـــو اضطرت الادارة الى الحصول على سلع اقل جودة من المتفق عليها ، اذ علـــى المتعاقد معها ان يدفع فى هذه الحالة المقابل المالى للفارق فى الجودة ، كمـــا يلتزم المتعاقد الاصلى المقصر بدفع فرق الجودة ايضا اذا اضطرت الادارة الـــى الحصول على اصناف اكثر جودة وبسعر اعلى ، اذ يلتزم المتعاقد هنا بدفع الفرق بين السعرين •

يضاف الى ذلك التزام المتعاقد مع الادارة بدفع المصاريف الادارية التى قد تتحملها الادارة بسبب تعاقدها مع الغير لتنفيذ التزامه ، وكذلك دفع غرامة التأخير المستحقة نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته فى المواعيد المحددة•

٣ ـ فسخ العقد : اذا اتضح للادارة أن المتعاقد معها لم يعد قادرا على أداء التزاماته على أكمل وجه ، أو اذا ارتكب هذا المتعاقد خطأ جسيما أو تقصيرا أو اخلالا خطيرا بالتزاماته ، فان للادارة أن تنهى العقد دون أن تنتظر حكما قضائيا بذلك مع ابرام عقد جديد آخر مع غيره لكفالة سير المرفق العام بانتظام واطراد ، وذلك على مسؤولية المتعاقد الاصلى ، والذى يتحمل فى هذه الحالة كافة مخاطر توقيع العقد الجديد ، اد يلتزم بالتعويض عن كافة الاضرار المالية التى لحقت بالادارة بسبب خطأ المتعاقد الجسيم ، والتى أدت الى تحمل الادارة نفقات مالية أكبر من جراء تعاقدها مع الغير .

وعلاوة على ذلك فان المتعاقد مع الادارة الذى يوقع عليه جزاء الفسخ الادارى ، يفقد كل حقوقه المستمدة من العقد بما فى ذلك ضياع التأمين الذى دفعه .

ولخطورة جزاء الفسخ الادارى ، فان القضاء الادارى لايسمح للادارة بتوقيع هذا الجزاء الا فى حالة توافر الخطأ الجسيم والخطير من جانب المتعاقد معها ، كما لو لجأ هذا المتعاقد الى الغش والتحايل فى معاملته مع الادارة .

ولقد تضمن قانون المناقصات والمزايدات بعض الحالات التى تستطيع الادارة ان تفسخ العقد فيها ، وتصادر التأمين النهائى ، وهى: (٢٠)

١ ـ استعمال المتعهد للغش أو التلاعب فى معاملته مع الادارة .

٢ ـ الشروع بنفسه او بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الحكومة أو مستخدميها او عمالها أو التواطؤ معه اضرارا بالادارة .

---

(٢٠) المواد ٢٧ و ٢٨ من قانون المناقصات والمزايدات . و المادة ٧٦ من لائحته التنفيذية .

٣ ــ افلاس المتعهد أو المقاول أو اعساره .

٤ ــ اخلال المتعاقد بأى شرط من شروط العقد يمنح الجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه.

٥ ــ جواز فسخ العقد من جهة الادارة فى حالة وفاة المتعهد أو المقاول .

جـ ــ سلطة تعديل بعض نصوص العقد :

تعتبر سلطة الادارة فى تعديل بعض نصوص العقد بارادتها المنفردة من أهم خصائص العقد الادارى المميزة له عن العقود المدنية والتى تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين و من ثم لايجوز تعديله بالارادة المنفردة لاحد المتعاقدين . (٢١)

وبمقتضى هذه السلطة يحق للادارة بارادتها المنفردة وفى أثناء تنفيذ العقد أن تعدل فى حجم ومدى التزامات المتعاقد معها . بغير حاجة الى موافقته . فتزيد من حجم التزاماته بنسبة معينة أو تنقصها . أو تعدل فى نوعية هذه الالتزامات، أو فى البرنامج الزمنى لتنفيذها .

وأساس هذه السلطة يرجع الى ا رتباط العقد الادارى بفكرة المرفق العام ومن ثم ضرورة مسايرته لمتطلبات المرافق العامة واحتياجاتها التى قد تقتضى مثل هذه التعديلات بحيث يتعين على المتعاقد قبولها وتنفيذها احتراما لاحتياجات المرفق العام، ودون توقف على نصوص العقد أو شروطه ، اذ يحق للادارة ممارسة هذه السلطة دون حاجة للنص عليها فى دفاتر الشروط، كما لايجوز نزول الادارة عنها او النص على خلافها .

غير أن هذه السلطة التى تتمتع بها الادارة ليست سلطة مطلقة ،

---

(٢١) راجع فى تفاصيل هذه السلطة الدكتور على الفحام : سلطة الادارة فى تعديل العقد الادارى ــ ١٩٨٦ .

فهى أولا تختلف من حيث مداها من عقد الى آخر ، اذ تزداد هذه السلطة كلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق العام، كما أنها ثانيا تخضع لعدة ضوابط اهمها :

١ ــ يشترط فى أعمال تلك السلطة ، ألا تؤدى الى تعديل موضوع العقد نهائيا أو تجاوز امكانيات المتعاقد الفنية او الاقتصادية ، وبالتالى فان التعديل فى حجم التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان ، لايجوز أن يزيد عن نسبة معينة من التزامات المتعاقد وهى نسبة قد تنص عليها القوانين أو اللوائح او في العقد نفسه ، فان لم ينص عليها فانها تخضع لرقابة القضاء الادارى .

٢ــ يشترط أيضا ألا تمس الادارة من شروط العقد الا ما تعلق منها بسير المرفق العام وبالخدمة التى يؤديها للجمهور ، وأن تطرأ ظروف جديدة تبرر تعديل هذه الشروط ، ومن ثم لايجوز المساس بالشروط المالية والنصوص التعاقدية التى تنظم تلك الروابط المالية ، والتى تتصل بالمزايا والحقوق المالية للمتعاقد ، وذلك لعدم ارتباط هذه الشروط بعمل وسير المرفق العام .

٣ ــ اذا تجاوزت الادارة الضوابط السالفة فان للمتعاقد معها الحق في الامتناع عن تنفيذ ما تفرضه الادارة من تعديلات ، كما يكون له أن يطلب من القاضى الادارى فسخ العقد وانهائه مع الاحتفاظ بحقه فى مطالبة الادارة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .

ثانيا : بالنسبة للمتعاقد مع الادارة :

اذا كان المتعاقد مع الادارة يلتزم أساسا بتنفيذ العقد وفقا لدفتر الشروط الملحق بالعقد وتحت اشراف وتوجيه الادارة المتعاقدة معه ، وتنفيذ ما تصدره من أوامر وقرارات وفقا لما تملكه من سلطات ؛ فان الأصل ان المتعاقد مع الادارة لا يتمتع الا بالحقوق التى يستمدها من العقد .

ومع ذلك فانه بالنظر الى ما تتمتع به الادارة من سلطات أوسع مما ينص عليه العقد ، فان للمتعاقد معها حقوق تكفل له العدالة في تنفيذ العقد، وتضمن له المساواة بينه وبين سائر الافراد أمام الاعباء العامة التي تتطلبها سير المرافق العامة.

ومن هنا نجد أن حقوق المتعاقد مع الادارة تتمثل فيما يلي:

أ - الحصول على المقابل المالي : للمتعاقد مع الادارة الحق في مطالبة الادارة تنفيذ شروط العقد التعاقدية والتي تتمثل في الامتيازات المالية المقررة والمتفق عليها بالنسبة للمتعاقد ، كالثمن المتفق عليه في عقود الالتزام او الحد الادنى للربح الذى يقرره العقد للملتزم.

و من المستقر أنه لا يجوز للادارة ممارسة سلطتها في تعديل بعض نصوص العقد، على هذه الحقوق المالية وذلك لعدم اتصالها بتسيير المرافق العامة،ويستثنى من هذه القاعدة ، عقد الالتزام حيث يكون للادارة الحق في تعديل الرسوم المقررة مقابل الانتفاع كما سبق وأوضحنا، ولكن هذا التعديل في الرسوم يخضع لقواعد المسئولية، بمعنى أن للمتعاقد في هذه الحالة الحصول على تعويض مالي اذا ترتب على التعديل أضرار مادية لحقت به .

فاذا أخلت الادارة بالتزاماتها المالية تجاه المتعاقد معها، فليس للمتعاقد سوى ان يطلب فسخ العقد ، دون أن يكون له الامتناع عن تنفيذ التزاماته وهو ما يجرى بالنسبة للعقود المدنية، وذلك لأن الامتناع عن التنفيذ من شأنه المساس بسير المرفق العام وهو أمر لايجوز اقراره.

ب - **اقتضاء بعض التعويضات** يحق للمتعاقد مع الادارة أن يطالب ببعض التعويضات وذلك في حالات متعددة أهمها :

١ - ارتكاب الادارة خطأ ترتب عليه الحاق ضرر بالمتعاقد معها.

٢ ـ عدم تنفيذ الادارة لالتزاماتها المبينة فى العقد.

٣ ـ اذا قام المتعاقد من تلقاء نفسه بأداء أعمال أو خدمات اضافية غير مطلوبة أصلا فى العقد، ولم تطلبها الادارة، يستحق المتعاقد التعويض عنها وفقا لنظرية الاثراء بلا سبب متى ثبت أن هذه الأعمال كانت ذات فائدة للادارة أو لازمة للمرفق العام.

٤ ـ اذا تعرض المتعاقد أثناء تنفيذ العقد لصعوبات مادية غير متوقعة أو غير مألوفة وترتب عليها زيادة أعبائه وتكاليف تنفيذ العقد، كما لو قابل متعهد الاشغال العامة أرضا صخرية أو ذات طبيعة استثنائية تحتاج لنفقات غير متوقعة لتمهيدها أو الحفر فيها، ففى مثل هذه الحالات يحق للمتعاقد مع الادارة طلب التعويض عن هذه الأعباء المالية .

جـ ـ اعادة التوازن المالى للعقد : من المسلم به أن المتعاقد مع الادارة انما يبغى من وراء تعاقده معها الحصول على مقابل مالى معين لادائه الالتزامات الواردة فى العقد، ولذلك فان أهم حقوقه الحصول على مستحقاته المالية التى تم الاتفاق عليها فى ضوء الالتزامات التى يتعين عليه أداؤها.

غير أنه لما كان للادارة ان تعدل من التزامات المتعاقد معها وهو الأمر الذى يضفى صفة المرونة على هذه الالتزامات، فانه يلزم أيضا أن تتسم حقوق المتعاقد المالية بنفس صفة المرونة ، وذلك نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، فالمتعاقد انما يقبل الالتزام بالعقد الادارى لأنه يضع فى اعتباره انه سيحصل على حقوق معينة، ومن ثم فان تعديل هذه الالتزامات يجب أن يستتبعه تعديل حقوقه المالية، وهو الأمر الذى يعبر عنه بفكرة "التوازن المالى للعقد الادارى".

ويمقتضى هذه الفكرة يكون للمتعاقد مع الادارة الحق فى احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحقاته متوازنة مع التزاماته وأعبائه ونفقاته بصدد تنفيذ العقد الادارى .

ومن هذا المنطلق استقر الفقه والقضاء على أنه اذا طرأت بعد ابرام العقد وأثناء تنفيذه ظروف من شأنها زيادة اعباء المتعاقد أو تعديل اقتصاديات العقد بصورة كبيرة، فمن الواجب على الادارة أن تعوض المتعاقد معها والمساهمة فى تحمل الخسائر التي لحقت به حتي يعود التوازن المالى للعقد مرة أخرى، بالرغم من عدم ارتكابها لأى خطأ يستوجب مسئوليتها عنه .

والعلة من هذه الفكرة هى أن حماية المصالح المالية للمتعاقد مع الادارة من شأنها تحقيق المصلحة العامة ومصلحة المرفق الذى يتصل به هذا العقد .

فالمصلحة العامة تتحقق بتشجيع الأفراد والشركات الخاصة على التعاقد مع الادارة وذلك بضمان الحقوق المالية لهم حتي ولو طرأت أحداث خارجية من شأنها زيادة الأعباء المالية عليهم .

ومصلحة المرفق تتحقق أيضا، لأن زيادة الالتزامات والأعباء على المتعاقد قد تؤدى الى ارهاقه ماليا اذا ما استمر فى تنفيذ تعاقده، مما يجعله يفضل التوقف عن تنفيذ التزاماته بسبب هذه الظروف لتقليل خسائره، وهو ما قد يؤدى بدوره الى الاضرار بالمرفق العام الذى انعقد العقد لتلبية احتياجاته وتسييره.

وتطبيقا لفكرة " التوازن المالي" أخذ القضاء الادارى بالنظريتين التاليتين :

١ ـ نظرية المخاطر الادارية : ويطلق عليها أيضا نظرية "عمل الأمير" وبمقتضى هذه النظرية فانه اذا صدر عن سلطة ادارية فى الدولة اجراء من شأنه زيادة أعباء المتعاقد مع الادارة، فان الجهة الادارية تلتزم بتعويض الأضرار الناجمة عن هذا الاجراء.

ويشترط لتطبيق هذه النظرية ما يلى:

ــ أن يكون العقد من العقود الادارية وفقا لما سبق تحديده بصدد مدلول العقد الادارى، فلا تنطبق هذه النظرية على العقود غير الادارية.

ــ أن يكون الاجراء صادرا من جهة الادارة المتعاقدة، فاذا ما صدر عن جهة ادارية أخرى أو سلطة عامة أخرى، طبقت نظرية الظروف الطارئة .

ــ أن يكون هذا الاجراء غير متوقع وقت التعاقد، بمعنى أن المتعاقد مع الادارة وان كان يعلم أن من حق الادارة تعديل التزاماته، الا أنه لم يكن يتوقع أن يكون التعديل بالمدى والحدود التى تم بها.

ــ أن يترتب على الاجراء ضرر للمتعاقد من شأنه الاخلال بالتوازن المالى للعقد وبغض النظر عن درجة جسامة هذا الضرر، على أن يكون هذا الضرر، خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه من يمسهم الاجراء العام.

ولا يشترط بعد ذلك أن يمثل عمل الادارة خطأ من جانبها، اذ يفترض أن الادارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار، و انما تصرفت كسلطة عامة وفى حدود سلطاتها بهدف تحقيق المصلحة العامة دون توقف على ما قد يترتب على تصرفها من أضرار خاصة بالمتعاقد معها، ومن ثم فان مسئوليتها فى هذه الحالة هى مسئولية عقدية بلا خطأ، وبالتالى فانه اذا انطوى تصرف الادارة على خطأ فانها تسأل عنه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية .

وعمل الامير أو بالاحرى الاجراء الادارى قد يتمثل فى اجراء خاص وذلك بالتعديل المباشر لشروط العقد أو بالتأثير على ظروف تنفيذه بفرض قيود خاصة تزيد من أعباء المتعاقد معها، وقد يتمثل فى اجراء عام باصدار قوانين او لوائح من شأنها زيادة الاعباء على المتعاقد مع الادارة، وذلك نتيجة تعديل شروط العقد أو ظروف تنفيذه الخارجية، كما قد يتمثل عمل الامير فى

صورة عمل مادى يجعل تنفيذ العقد مرهقا أو أكثر تكلفة .

ويترتب على تطبيق هذه النظرية، حصول المتعاقد على تعويض كامل يغطى كل ما لحقه من خسارة وفاته من كسب، أى تغطية كامل الاضرار التى لحقت به من جزاء العمل أو الاجزاء الذى اتخذته الادارة .

فاذا ترتب على هذا الاجراء استحالة تنفيذ العقد، تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ ، أما اذا ترتب على عمل الامير زيادة الاعباء بدرجة كبيرة على المتعاقد لا تحتملها امكانياته المالية أو الفنية، فللمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد.

٢ ــ نظرية الظروف الطارئة : اتضح لنا من دراسة نظرية المخاطر الادارية، أنها تواجه المخاطر التى يتعرض لها المتعاقد نتيجة ممارسة الادارة لسلطاتها العامة. ومع ذلك فان المخاطر التى يتعرض لها هذا المتعاقد قد تنشأ عن ظروف ليست من صنع الادارة، مما يثير التساؤل حول مصير المتعاقد الذى يتعرض لمخاطر لا تنطبق عليها نظرية المخاطر الادارية، والتى من شأنها اذا ترك المتعاقد وشأنه أن تؤدى الى افلاسه ومن ثم توقفه عن تنفيذ التزاماته.

فى مثل هذه الحالات قد تنطبق نظرية القوة القاهرة التى تخضع لها العقود المدنية، والتى من شأنها اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته اذا وقع حادث غير متوقع وقت التعاقد ولايمكن دفعه أو تداركه، ولا يرجع الى فعل أى من المتعاقدين، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام.

ومع ذلك فهناك حالات تتوسط الحالة العادية التى يستطيع فيها المتعاقد أن يفى بالتزاماته ، والقوة القاهرة التى يستحيل فيها تنفيذ الالتزام اطلاقا، فيكون فى استطاعة المتعاقد الوفاء بالتزاماته . ولكنه ينال من ذلك ارهاقا ماليا شديدا، قد تجعله يفضل التوقف عن تنفيذ هذه الالتزامات

للحد من خسائره الكبيرة، وهو ما قد يخل بسير المرفق العام الذى يتصل به هذا العقد، بصورة منتظمة ومطردة ، ويهدده بالانقطاع وخطر التوقف .

ومن هنا استقر القضاء الادارى على أنه اذا جدت ظروف غير متوقعة، من شأنها زيادة الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد مع الادارة الى حد الاخلال بالتوازن المالى للعقد اخلالا جسيما، فللمتعاقد الحق فى أن يطلب من الادارة ولو بصورة موءقتة المساهمة في تحمل جانب من الخسائر التى تلحق به، وهو ما عرف باسم " نظرية الظروف الطارئة" .

ويشترط لتطبيق هذه النظرية توافر ما يلى:

ـ أن يطرأ بعد ابرام العقد وأثناء تنفيذه ظرف طارىء يرجع اما لأسباب اقتصادية كالارتفاع المفاجىء وغير المتوقع فى الأسعار، أو لأسباب سياسية كاعلان الحرب أو غلق الممرات البحرية الدولية، أو لأسباب طبيعية كالزلازل المدمرة أو الجفاف الاستثنائى أو السيول غير المتوقعة ، او نتيجة عمل جهة ادارية أخرى غير جهة الادارة المتعاقدة، أو سلطة عامة أخرى غير السلطة الادارية .

ـ أن يكون الظرف الطارىء غير متوقع ولايمكن دفعه أو تداركه بعد وقوعه .

ـ ان يكون الظرف الطارىء مستقلا عن ارادة المتعاقدين ، أى خارج عن ارادة المتعاقد من ناحية والادارة المتعاقدة من ناحية أخرى ، ففى الحالة الأولى فانه لايجوز للمتعاقد أن يستفيد من خطأه أو اهماله. وفى الحالة الثانية تنطبق نظرية المخاطر الادارية .

ـ أن يكون من شأن هذا الظرف الطارىء أن يوءدى الى الحاق خسائر بالمتعاقد ، تجعل تنفيذ التزاماته أمرا مرهقا الى حد كبير، ودون أن يصل الأمر الى حد استحالة تنفيذ العقد، وانما تقتصر آثار هذا الظرف على وقوع اضطراب شديد فى اقتصاديات العقد الى حد تهديد المتعاقد مع الادارة

بالانهيار المالى، فاذا اقتصر الأمر على بعض الأعباء الجديدة المحتملة أو مجرد نقص فى الأرباح ، أو حتى خسارة عادية، فلا تنطبق هذه النظرية .

وتقدر فكرة الارهاق فى التنفيذ بالنسبة الى كل عقد على حده وبصرف النظر عن الموقف المالى للمتعاقد فى خارج حدود الالتزامات التعاقدية .

ويترتب على تطبيق هذه النظرية ما يلى:

- استمرار العقد واستمرار المتعاقد فى تنفيذ التزاماته وبقائها كما هى.

- حق المتعاقد فى الحصول على تعويض من جانب الادارة المتعاقدة معه بما يمكنه الاستمرار فى تنفيذ التزاماته، ولذلك فان هذا التعويض انما يقتصر على تغطية جانب من خسائر المتعاقد، فهو تعويض جزئى وهو بمثابة مشاركة فى تحمل الخسائر بين الادارة والمتعاقد .

- ينتهى حق المتعاقد فى الحصول على هذا التعويض بعودة الحالة الطبيعية التى أبرم العقد فى ظلها وزوال الظروف الطارئة المؤقتة أوالعارضة فاذا ثبت أن هذه الظروف أصبحت دائمة وأن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار فى تنفيذ التزاماته العقدية الا بمعاونة دائمة من الادارة فلكل من طرفى العقد الحق فى طلب انهاء العقد وفسخه أو على الأقل اعادة النظر فى شروط العقد وتعديله بما يتفق مع الظروف الجديدة .

المبحث الرابع
انقضاء العقود الادارية

قد تنتهى العقود الادارية نهاية طبيعية وذلك لتنفيذ ما يترتب عليه من التزامات تنفيذا كاملا ، أو لانقضاء المدة المحددة لسريان العقد ، وقد تنتهى هذه العقود نهاية غير طبيعية قبل الأوان بفسخ العقد .

وفسخ العقود الادارية يتم باحدى الصور التالية :

أ ــ الفسخ باتفاق الطرفين على انهاء العقد قبل نهايته الطبيعية وذلك بموافقة الادارة المتعاقدة ومن تعاقدت معه على ذلك، وسواء كان الفسخ مقابل تعويض أو بلا تعويض .

ب ــ الفسخ بقوة القانون وذلك فى حالة هلاك محل العقد ، أوتحقق شروط معينة منصوص عليها فى العقد أو فى القوانين واللوائح ، بحيث ينفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحقق تلك الشروط .

جـ ــ الفسخ القضائى ، والذى يحكم به القضاء بناء على طلب أحد الطرفين اما بسبب القوة القاهرة ، أو كجزاء للاخلال بالالتزامات العقدية من جانب المتعاقد ، أو لمواجهة سلطة الادارة فى تعديل شروط العقد اذا ادى هذا التعديل الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب أو الى تغيير جوهر العقد بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمامعقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة .

وفى هذه الحالة ترتد آثار الفسخ القضائى الى تاريخ رفع الدعوى .

د ــ الفسخ عن طريق الادارة ، اما استنادا الى نصوص العقد المتفق عليها ووفقا لما تم الاتفاق عليه من شروط وآثار ، واما بالارادة المنفردة للادارة دون نص فى العقد ولو لم يرتكب المتعاقد أى خطأ ، اذا رأت الادارة ان من شأن الفسخ تحقيق المصلحة العامة .

وتخضع الادارة فى ممارسة هذه السلطة لرقابة القضاء الادارى ، الذى من حقه تحرى الأسباب الحقيقية التى دفعت الادارة الى انهاء العقد ، فاذا تبين للقاضى أن الانهاء قام على سبب غير مشروع أو أن الادارة استهدفت غير المصلحة العامة من انهاء العقد ، فله أن يحكم بعدم مشروعية هذا الانهاء .

وفى مثل هذه الحالات للمتعاقد مع الادارة أن يحصل على التعويض اللازم ، اذا ترتب على الانهاء حصول أضرار أو خسائر للمتعاقد .

الفصل الثالث
الأعمال الماديـــــة

لم يتفق الفقه على تعريف محدد للأعمال المادية التى تقوم بهـــا السلطة الادارية، ومن ثم استقر الأمر على اعتبار كافة الأعمال الادارية، بخلاف القرارات الادارية والعقود الادارية أى الأعمال القانونية، من الأعمال الماديـة ، بمعنى أنه يستبعد من نطاق الأعمال المادية للادارة ، تلك التى تصدر عنهـا دون أن تتجه ارادتها الى ترتيب أية آثار قانونية عليها .

ومع ذلك فقد يرتب القانون على بعض الأعمال المادية بعض الآثـار القانونية ، وفى هذه الحالة فان هذه الاثار تعد وليدة الارادة المباشرة للمشرع وليست تعبيرا عن ارادة ذاتية للادارة ، وعليه فان الأعمال المادية هى تلـك التى لا ترتب بذاتها أثرا قانونيا ، والا تعين اعتبارها من الأعمال القانونية.

والواقع أنه من اليسير تماما تمييز العقود الادارية عن الأعمـــال المادية، فالأولى اتفاق بين ارادتين ،والثانية تصرف منفرد للادارة، ولذلك تتبلور المشكلة فى التمييز بين هذه الأعمال المادية والقرارات الادارية .

وقد بينا سلفا أنه يشترط لتوافر ركن الارادة فى القرار الادارى، أن يكون القرار تعبيرا عن الارادة فى احداث أثر قانونى معين ، وهو الشـرط الذى يضفى على تصرف الادارة، صفة العمل القانونى وطبيعته، لذلك استقـر القضاء الادارى على أن أساس التفرقة بين القرار الادارى والعمل المادى يكمـن فى احداث القرار الادارى لأثر قانونى معين " ويفترق القرار الادارى بذلك عـن العمل المادى الذى لا تتجه فيه الادارة بارادتها الذاتية الى احداث آثـــار قانونية، وان رتب القانون عليها آثارا معينة، لأن مثل هذه الاثار تعتبر وليدة الارداة المباشرة للمشرع وليست وليدة ارادة الادارة الذاتية. (١)

---

(١) المحكمة الادارية العليا فى١٢/٢/١٩٦٦ قضية ١٠٤٢ لسنة ٩ق المجموعة السنة١١ ص٤٢٥ـ وفى ١١/١/١٩٦٩ قضية٢٤٠ لسنة ١٣ق ، المجموعة السنة ١٤ ص ٢٤٩.

والأعمال المادية قد تكون مشروعة مثل الاعمال الفنية التى يقوم بها رجال الادارة المختصون بحكم وظائفهم الفنية كالمهندسين والمدرسين ، كما قد تكون غير مشروعة مثل الاعمال التى تقع نتيجة خطأ من جانب عمال السلطة الادارية ، وتؤدي الى الاضرار بالغير ، وهو ما يتحقق مثلا عند وقوع حوادث سيارات تابعة للادارة ، او السكك الحديدية ووسائل المواصلات الحكومية الأخرى .

وقد تتم الأعمال المادية تنفيذا لنصوص القانون أو لقرارات ادارية معينة ، ومثال هذه الأعمال شق الترع واقامة الجسور وهدم المبانى الآيلة للسقوط ومنع المرور فى أحد الشوارع والقبض على احد الأفراد ، فاذا ما ترتب على هذه الأعمال المادية الاضرار بالافراد ، فان ذلك يؤدي الى ترتيب مسئولية الادارة أو موظفيها عن هذه الأعمال ، والى نشأة الحق فى التعويض للأفراد .

كما قد يتحول العمل القانونى الى عمل مادي ، وهو ما يحدث بصدد الأعمال القانونية غير المشروعة ، والتى تصل درجة عدم مشروعيتها من الجسامة ما يؤدى الى اعتبارها من الأعمال المنعدمة ، ومن ثم تتحول حكما الى عمل مادي على نحو ما سبق شرحه ، والعكس كذلك صحيح ، فقد يتحول العمل المادى الى عمل قانوني ، اذا ما تبين أن الادارة قد قصدت من بعض أعمالها المشابهة للقرار الادارى مثلا ، ترتيب بعض الآثار القانونية ، مما يتعين معه ضرورة اعتبارها من الأعمال القانونية .

ومن أهم الأعمال التي قد تختلط بالقرارات الادارية ، فى حين أنها من الأعمال المادية التى لا أثر قانوني لها بذاتها ما يلى :

١ ـ الاجراءات التنفيذية التى تتم تطبيقا للقوانين والقرارات الادارية كهدم المنازل والقبض على الأفراد والتذكير بأحكام بعض النصوص القانونية والاستيلاء على عقار .(٢)

---

(٢) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٨/١١/٣٠ قضية ١١٠٢٩ لسنة ١١ ق ، المجموعة السنة ١٤ ص ١١٥ .

٢ ـ الاجراءات التنظيمية الداخلية مثل المنشورات والتعليمات الادارية والمصلحية التى توجهها السلطات الرئاسية فى الادارات والمصالح الى مرؤوسيهم ، وهى اجراءات تندرج ضمن " التدابير الداخلية" ومثالها المنشورات او القرارات التفسيرية التى تتضمن فقط شرح أو توضيح للنصوص القانونية واللائحية، وكيفية وضعها موضع التنفيذ ، علاوة على كافة التصرفات غير المعدة لاحداث آثار قانونية وانما يقصد بها اعلان وجهة نظر الادارة فى صورة آراء أو ادعاءات أو نوايا أو مقاصد أو رغبات أو توجيهات. (٣)

وعليه يلزم تحديد الطبيعة القانونية للقرارات التنفيذية أو الكاشفة وللتدابير والاجراءات التنظيمية الداخلية، لبيان مدى خضوعها للنظام القانونى للقرارات الادارية أو النظام القانونى للأعمال المادية، وخاصة من حيث الرقابة القضائية عليها.

---

(٣) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٨٠/٥/٣١ قضية ٨١٨ لسنة ٣٣ ق ، مجموعة ١٥ سنة ص ٠٨٣

المبحث الأول
طبيعة القرارات التنفيذية والكاشفة

سبق أن أوضحنا أنه يشترط لقيام القرار الاداري أن يتولد عنه أثر قانوني معين سواء تمثل هذا الأثر في انشاء مركز قانوني جديد أو في تعديل مركز قانوني قائم من قبل أو في الغاء هذا المركز القائم.

واستنادا الى ذلك يرفض القضاء الاداري الطعون بالالغاء ضد الاجراءات التنفيذية التي تهدف الى تسهيل تطبيق أو تنفيذ القرارات أوتفسيرها مالم يتولد عنها بذاتها التزامات جديدة تقع على عاتق المخاطبين بأحكامها. (٣)

ومن هذا المنطلق اتجه جانب في الفقه الى القول بافلات بعض القرارات الادارية من الرقابة القضائية على مشروعيتها، تأسيسا على أنها مجرد قرارات تنفيذية للقوانين واللوائح، أو أنها قرارات كاشفة وليست منشئة فلا يتولد عنها آثار قانونية بذاتها، ومن ثم تنتفي عنها صفة القرارات الادارية وطبيعتها، حيث ينحصر دورها في تقرير او تأكيد مركز قانوني قائم مباشرة من القوانين واللوائح. سبق تحديده بكامل عناصره من قبل وعلى ذلك فانه ـ وفقا لهذا الفقه ـ يلزم التمييز بين القرار الاداري بمعناه الصحيح، والعمل التنفيذي الذي لا يسمو الى مرتبة القرار الاداري، اذ يفترض هذا الأخير وجود قدر من حرية التقدير عند اتخاذه، فالقرار الاداري لابد أن يداخل انشاءه سلطة تقديرية على أي قدر، تجعل المركز القانوني ناشئا عن ذات القرار، بعد أن تصدره

---

(٣) C.E. 10.2.1950, Synd icat des propriétaires Viticulteurs, L.94.

LIET-VEAUX, Les actes administratifs qui ne font pas grief, R.A. 1952, p.384.

الادارة مستعطلة ما لها من تقدير وترخيص، وقبل ذلك لايكون للفرد مركز في القانون من أي نوع ، وانما ينشأ المركز بعد أن تصدر الادارة قرارها — بناء على سلطتها التقديرية — بايلاء هذا الفرد أو هذا المحل الاثر القانوني المترتب على القرار . (٤)

وقد اعتنق مجلس الدولة المصرى في الكثير من أحكامه هذا الاتجاه فالقرارات التنفيذية او الكاشفة أو الصادرة عن سلطة مقيدة، وكلها مترادفات لدى القضاء الادارى فى مصر ، هى من قبيل الأعمال المادية . وكانت أبرز مجالات تطبيق هذا الاتجاه، التسوية وسحب القرارات الادارية والفصل من الخدمة بقوة القانون .

فقد قضت محكمة القضاء الادارى بأنه عندما تطبق الجهة الادارية نصوصا قانونية معينة على حالات خاصة، فانها " بذلك تتصرف عن ارادة مقيدة بتلك النصوص ، ومؤدى ذلك أنه اذا كان المركز القانونى الذاتى انما ينشأ عن القاعدة القانونية مباشرة، ويقتصر عمل الادارة على تطبيق هذه القاعدة القانونية العامة على الوقائع المادية المعروضة، فان هذا العمل يأخذ حكم العمل المادى الذى لاينتجم عنه نشوء المركز القانونى الفردى ، وما ذلك الا لأن هذا المركز انما ينشأ عن القاعدة القانونية ذاتها ، وفعل الادارة فى هذه الحالة لايعدو أن يكون كاشفا للمركز القانونى" . (٥)

---

(٤) الدكتور مصطفى كمال وصفى : اصول اجراءات القضاء الادارى — الطبعة الثانية ١٩٧٨ — ص ٥٤ ومابعدها .

(٥) راجع حكمها فى ١٩٥٥/١١/١٠ قضية ١٧٣٧ لسنة ٦ق ،المجموعة السنة ١٠ ص ٢٤ .
وحكمها فى ١٩٥٨/٧/١ قضية ١٢٩٣ لسنة ١٠ق ، المجموعة السنتين ١٢و ١٣ ص ١٣٢ .

وتطبيقا لذلك ، فى مجال التسوية التى تتصل بالمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت للعاملين فى الجهاز الادارى ، اعتمد القضاء الادارى للتمييز بين دعاوى التسوية ودعاوى الغاء القرارات الادارية على تحديد مصدر الحق الشخصى الذى يطالب به المدعى فى دعواه، فاذا كان يطالب بحق شخصى مقرر له مباشرة فى قاعدة تنظيمية عامة ، كقانون أو لائحة فان الدعوى تكون فى هذه الحالة من دعاوى التسوية، ويكون ما أصدرته الادارة من أوامر أو تصرفات فى هذه المناسبة هو مجرد أعمال تنفيذية تهدف الى مجرد تطبيق القانون على حالة الموظف، وتوصيل ما نص عليه القانون اليه، ولايكون هذا التصرف الاجرائى قرارا اداريا بالمعنى المفهوم، بل يكون مجرد اجراء تنفيذى او عمل مادى لايسمو الى مرتبة القرار الادارى، ومن ثم فلا يمكن ان تكون الدعوى فى هذا الشأن من دعاوى الالغاء ، ولو أصدرت هذا التصرف الذى صدر من جانب جهة الادارة. وعلى عكس ذلك اذا لم يكن مركز الموظف قد نشأ عن القاعدة التنظيمية ذاتها ، بل استلزم الامر صدور قرار ادارى خاص يخوله هذا المركز القانونى فان الدعوى تكون من دعاوى الالغاء. (٦)

ويتأسس هذا القضاء على أن النزاع فى دعاوى التسوية يقوم على مراكز قانونية يتلقى أربابها الحق – ان ثبت لهم – من القانون مباشرة، غير رهين بارادة الادارة، أو بسلطتها التقديرية ، ويهدف بها ذوو الشأن الى تقرير احقيتهم فى الافادة من مزايا قاعدة قانونية، ولا تعدو القرارات التى تصدرها الادارة فى خصوصها – أيا كان فهمها لهذه القاعدة أن تكون تنفيذا لحكم القانون. وبهذا الوصف فانها تعد من قبيل دعاوى التسوية لا الالغاء، ولايخضع قبولها لشرط رفعها فى المواعيد المقررة للطعن بالالغاء.

---

(٦) حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٢/٤/١٩٥٨ قضية ٧٤٢ لسنة ٣ ق ، المجموعة السنة ٣ ص ١١٢٧.
وراجع تطبيقا لهذا المبدأ حكمها فى ٤/٤/١٩٧٦ قضية ١٩٣ لسنة ١٦ ق ، المجموعة السنة ٢١ ص ١٢١ – وفى ٢٤/٢/١٩٨٥ قضية ٥٨٩ لسنة ٢٨ ق ، المجموعة السنة ٣٠ ص ٦٥١.

وفى مجال سحب القرارات الادارية قضت محكمة القضاء الادارى بأن " قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه يشترط لصحة الاستناد الى الحصانة التى تكسبها القرارات الادارية بفوات مواعيد طلب الغائها أن تكون تلك القرارات منشئة لمراكز قانونية لأصحاب الشأن فيها، صادرة فى حدود السلطة التقديرية المخولة للجهات الادارية بمقتضى القانون . أما اذا كانت تلك القرارات ليست الا تطبيقا لقواعد آمرة مقيدة، تنعدم فيها سلطتها التقديرية من حيث المنح أو الحرمان ، فانه لايكون ثمة قرار ادارى منشئ لمركز قانونى، وانما يكون القرار مجرد تنفيذ وتقرير للحق الذى يستمد من القانون مباشرة، ومن ثم يجوز للسلطة الادارية سحب قراراتها التى من هذا القبيل فى أى وقت متى استبان لها مخالفتها للقانون ... ويستخلص مما تقدم أنه يجب التفرقة بين القرارات المنشئة لمراكز قانونية بناء على السلطة التقديرية للجهة الادارية، وبين القرارات التنفيذية المبنية على سلطة مقيدة، ومن المسلم فى الحالة الأولى أن من خصائص القرار الادارى أن يصدر من سلطة عمومية تملك اصداره وذلك بقصد احداث أثر معين من شأنه انشاء مركز قانونى بالنسبة الى أحد الأفراد . وقرار هذا شأنه يصح أن يكون محلا لطلب الالغاء من صاحب المصلحة، وللسحب من السلطة العمومية التى أصدرته ، وذلك فى الميعاد القانونى، أما فى الحالة الثانية فاذا كان القرار كاشفا لحق أحد الأفراد المستمد من القانون وجاء فى كشفه لهذا المركز مجانبا الصواب ، فانه يجوز للسلطة العمومية أن تصحح ما ورد فيه من خطأ ولو جاء التصحيح بعد الميعاد القانونى، اذ أن المركز القانونى للفرد قد حددته النصوص وقواعد القانون الآمرة من قبل " .(٧)

وكذلك فى مجال فصل الموظفين بحكم القانون ، حيث رأت محكمة القضاء الادارى أن " خدمة الموظف أو المستخدم الذى يحكم عليه فى جريمة

---

(٧) حكمها فى ١٩٥٣/١١/٢٩ قضية ١٢٠٤ لسنة ٦ق ، المجموعة السنة ٨ ص ١٣١ .
وراجع كذلك حكمها فى ١٩٧٠/٧/٧ ، المجموعة السنة ٢٤ ص ٣٩٦ .
والمحكمة الادارية العليا فى ١٩٥٨/١/١١ قضية ٢٥٠ لسنة ٣ ق المجموعة السنة ٣ ص ٥٢٩ .

مخلة بالشرف تنتهي حتما وبقوة القانون ، وذلك دون حاجة الى استصدار قـــرار بالفصل ، وان صدر قرار بالفصل فانه يعتبر من قبيل الاجراءات اللازمة لتنفيـــذ القانون " (٨) ، فالقرار " الذى يصدر بانهاء خدمة الموظف فى هذه الحالـــة لا ينشيء بذاته مركزا قانونيا مستحدثا للموظف، بل لايعدو أن يكون اجـــراء تنفيذيا لمقتضى الحكم الجنائى الذى رتب عليه القانون انهاء الخدمة حتمـــا باعتباره اعلانا وتسجيلا للأثر التبعى الذى ترتب من قبل بحكم القانـــون . والذى لا معدى عن أعماله دون ترخص من جهة الادارة فى هذا الشأن " . (٩)

وقد انتقد معظم الفقه فى مصر هذا القضاء ، ورفض الربط بين القـــرار الادارى والسلطة التقديرية، فقرر أن القرار الادارى لايختفى فى حالة السلطـــة المقيدة، واستند فى ذلك الى العديد من الحجج أهمها : (١٠)

١ ـ ان السلطة التقديرية والسلطة المقيدة تتداخلان معا باستمـــرار وأن حرية الادارة بالنسبة الى القرار الادارى لا تنصرف اليه جملة واحدة، وانمـــا تختلف فى نطاق القرار الواحد باختلاف العنصر الذى ننظر اليه، ولايمكـــن أن تكون سلطة الادارة تقديرية بالنسبة الى كل هذه العناصر ، لأن منها عناصر مقيدة باستمرار وهى عناصر الاختصاص والشكل والغاية، وبالتالى يمكن القـــول بأنه من المستحيل أن يكون القرار تقديريا فى جميع عناصره ، وأنه من المستبعد

---

(٨) حكمها فى ١١ / ٢ / ١٩٥٤ قضية ٣٩٥ لسنة ٧ق ،المجموعة السنـــة ٨ ص ٧٤٦ .

(٩) المحكمة الادارية العليا فى ٢٩ / ١٢ / ١٩٦٢ قضية ١٦٧٣ لسنة ٧ق المجموعة السنة ٨ ص ٣٥٣ ـ وهو ما أكدته كذلك بصدد حق الاحزاب السياسية فى اصدار صحيفة الحزب كحق ينشأ رأسا من القانون " لـــم يلزم لنشوئه صدور قرار ادارى خاص بذلك. وبفرض صدور مثل هـــذا القرار فانه لايعتبر سوى مجرد عمل مادى أو تنفيذى لايرتب بذاته أى أثر قانونى. ومن ثم ينأى بطبيعته عن ولاية القضاء الادارى " ـ حكمها فى ١٦ / ١ / ١٩٨٢ قضية ٥٩١ لسنة ٢٥ ق ،المجموعة ٢٧ ص ٢٥٣

(١٠) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا : قضاء الملاءمة سالف الاشارة ـ ص ٨٣ ومابعدها .

ـ ولكن ليس من المستحيل ـ أن تكون كل تلك العناصر مقيدة، وبناء على هذا التحليل فان تعبير " قرار ادارى صادر عن سلطة مقيدة ، وقرار صادر عن سلطة تقديرية" هو اصطلاح غير موفق ٠

٢ ـ ان الربط بين القرار المنشىء والسلطة التقديرية من ناحية وبين القرار الكاشف وممارسة الاختصاص المقيد من ناحية أخرى ، ليس مطلقا لأن من القرارات المنشئة ما يتضمن اختصاص مقيد٠ وفكرة القرار الكاشف في الفقه الادارى الحديث، بمعناها الدقيق ، لا تكاد تتناول الا القرارات المفسرة والقرارات المؤكدة لقرارات سابقة، فى حين يتوسع القضاء الادارى فى مصر بصورة بالغة فى تطبيق هذه الفكرة بحيث تشمل كل قرار يستهدف ايصال حق مقرر بمقتضى القوانين واللوائح الى مستحق له٠

ولذلك يتجه جانب من الفقه الى القول بأن تقسيم القرارات الادارية الى منشئة وكاشفة تقسيم غير مبنى على أساس سليم، ذلك أن القرار الادارى يعتبر منشئا لمركز قانونى فى جميع أحواله وفى جميع صوره، وذلك اما بخلق مركز قانونى جديد لم يكن قائما من قبل ، واما باحداث تعديل او الغاء لمركزقانونى قائم من قبل ، وبعبارة أخرى يتميز القرار الادارى بأنه يحدث دائما تغييرا فى التنظيم القانونى ، أى فى مجموعة القواعد والمراكز القانونية القائمة فى الدولة فى وقت ما ٠ وهذا ليس فقط فى مجال السلطة التقديرية حيث يكون الدور المنشىء للقرار الادارى واضحا ،وانما يتحقق هذا الطابع الانشائى أيضا فى مجال السلطة المقيدة ٠ ففى هذا المجال الأخير يقال ان الادارة باصدارها قرارا اداريا لم تفعل أكثر من تطبيق أو اعمال احكام القانون ، و لكن تدخلها يعتبر فى الحقيقة أبعد أثرا من ذلك ، فهى بالقرار الفردى الذى تصدره بناء على سلطة مقيدة تنقل أحكام القانون الذى تطبقه من صورتها العامة المجردة الى صورة خاصة واقعية ، ومتعلقة بحالة معينة بالذات أو شخص معين بالذات. فدور الخلق والانشاء ظاهر ومؤكد٠ (١١)

---

(١١) الاستاذ الدكتور محمود حافظ: القرار الادارى ـ الجزء الأول ـ ١٩٧٥ـ ص ١٦٢٠

٣ ـ أنه لايمكن مجاراة مجلس الدولة المصرى فى قياس القرارات التى تصدر عن سلطة مقيدة على الأعمال المادية، باعتبارها اجراءات تنفيذية لا تستحدث شيئا، فى حين أن القرار الادارى هو الذى ينشىء المراكز القانونية، فقد يقتصر الانشاء على مجرد توكيد أثر سابق، كما أن القرارات الشرطية لا تنشىء المراكز القانونية وانما تسند مركزا موجودا من قبل الى أحد الأفراد.

ويمكننا أن نضيف الى ما تقدم أنه يتعين التفرقة بين الاختصاص المقيد والاختصاص التقديرى لجهة الادارة وبين القرارات او الاجراءات الصادرة استنادا الى أى منهما، فالاجراءات التنفيذية البحتة، مثل الكثير من اجراءات التسوية، تظل اجراءات تنفيذية أى من قبيل الأعمال المادية للادارة سواء كانت تنفيذا لاختصاص تقديرى أم مقيد للادارة. أما "القرارات" الادارية، سواء كانت مبنية على سلطة تقديرية للادارة أم سلطة مقيدة لها، فهى فى جميع الأحوال " أعمال قانونية" تتميز بأن لها أثر قانونى بذاتها، ومن ثم فانها تقبل الطعن فيها بالالغاء، فى حين ان"الاجراءات" التنفيذية للقوانين واللوائح لا تخضع لهذا الطعن حتى ولو كانت تنفيذا لاختصاص تقديرى للادارة.

ومن ناحية أخرى، فان القضاء الادارى المصرى ذاته، ولكن فى أحكام قليلة أخذ بالفهم الصحيح لهذه المسألة، ففى حكم لمحكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٦/٥/٢٧ قضت المحكمة بأن" القرار التنظيمى العام يولد مراكز قانونية

= وفى ذات الاتجاه راجع كذلك :الدكتور توفيق شحاته: مبادىء القانون الادارى ـ الجزء الاول ـ ١٩٥٤ ـ ص ٧٠٧.

- دكتور حسنى درويش عبد الحميد: نهاية القرار الادارى عن غير طريق القضاء ـ ١٩٨١ ـ ص ٤٢١ ومابعدها.

عامة أو مجردة بعكس القرار الفردى الذى ينشىء مركزا قانونيا خاصا لفرد معين ، واذا كان صحيحا أن القرار الفردى تطبيق أو تنفيذ للائحة مثلا ، فانه فى نفس الوقت مصدر لمركز قانونى فردى أو خاص متميز عن المركز القانونى المتولد عن اللائحة ، كما أن اللائحة نفسها تطبيق لقاعدة أعلى، وهى القانون مثلا ، وهى فى نفس الوقت مصدر لقواعد قانونية جديدة عامة ، ولكنها أقل عمومية من القواعد الناتجة من القاعدة الاعلى ، ومن ثم فلا يمكن القول بأن العمل الادارى الذى يكون تطبيقا لنص عام مقيد لا ينشىء أو يعدل مركزا قانونيا ، لأن كل قرار ادارى منشىء لمركز قانونى هو فى نفس الوقت تطبيق تنفيذى لقاعدة قانونية أعلى، كما أن كل نص تطبيقى يمكن أن يكون فى نفس الوقت منشئا لقاعدة قانونية جديدة .

فالتطبيق والانشاء لا يمنع كل منهما الآخر ، وكل ماهنالك هو أن موضوع كل منهما مختلف، فالقرار الفردى ينشىء مركزا قانونيا فرديا ، ولكنه فى الوقت ذاته تطبيق لقاعدة عامة منشئة لمراكز قانونية عامة مجردة ، كما أنه عندما يكون اختصاص جهة الادارة مقيدا يجب التفرقة بين حالة ما اذا كان النص المقيد يتعلق بفرد معين، وحالة ما اذا كان النص المقيد يضع قاعدة عامة أو مجردة لا تخص شخصا معينا ، ففى الحالة الأولى يقتصر دور جهة الادارة المكلفة بالتنفيذ على التنفيذ المادى ، لا لأن اختصاصها مقيد، بل لأنها بصدد نص خاص بفرد معين استقر فيه الوضع القانونى ، فلم يبق بعد ذلك شىء الا التنفيذ ، اما فى الحالة الثانية ، فانه لابد أن يسبق التنفيذ المادى للقاعدة تحديد مجال انطباقها بتعيين الأفراد الذين تسرى عليهم، ويكون ذلك بقرارات فردية تعين هؤلاء الافراد بأشخاصهم لا بصفاتهم. " (١٢)

---

(١٢) حكمها فى ١٩٥٦/٥/٢٧ قضية ١١٤٧ لسنة ٧ق ، المجموعة السنة ١٠ ص ٣٣٩ .

وقد اعتنقت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى بعض أحكامها :

راجع: حكمها فى ١٩٦٤/٢/٢٩ قضية ٩٧٩ لسنة ٨ق ، المجموعة السنة ٩ ص ٧٠٧ ــ وحكمها فى ١٩٨٤/٦/٢٣ قضية ٧٩٠ لسنة ٢٢ق ، المجموعة السنة ٢٩ ص ١٢٧٤ .

وأخيرا فانه من غير المنطقي بالمرة ، أن يشترط المشرع بصدد القرار السلبي أن يرد على اختصاص مقيد حتى يمكن الطعن فيه بالالغاء، ويؤكد القضاء الادارى هذا الشرط برفض الطعون ضد القرار السلبي" اذا كان ليس من الواجب قانونا اتخاذه، وكان متروكا لمحض تقدير الادارة، حيث لايكون ثمة قرار ادارى يمكن الطعن فيه" ، ثم يأتي القضاء الادارى بعد ذلك وبرفض الطعون بالالغاء ضد القرارات الايجابية الواردة على اختصاص مقيد بحجة أنها من قبيل الأعمال المادية، وليست من القرارات الادارية ، اذ مقتضى هذا الموقف أن يشترط في القرارات السلبية أن ترد على اختصاص مقيد، في حين يشترط في القرارات الايجابية أن ترد على اختصاص تقديرى، وهو موقف حاد التناقض.

والخلاصة أنه ليست من صفات او خصائص القرار الادارى ان يتضمن عناصر تقديرية للادارة، وأن هناك فارق بين القرارات المقيدة أو الكاشفة وبين الاجراءات التنفيذية التى تعد من الأعمال المادية ، والقرارات الادارية لا تنقسم بصورة مطلقة الى قرارات مقيدة وأخرى تقديرية ، ولكن هناك بعض العناصر المقيدة دوما فى القرارات الادارية وأخرى تحتمل التقييد أو حرية التقدير، وبالتالى فاذا كان مستحيلا ان تكون هناك من القرارات الادارية ما تتمتع الادارة بصدد جميع عناصرها بحرية التقدير، فمن المحتمل ، وهو أمر غير شائع ، أن توجد بعض القرارات الادارية التى لا تتمتع الادارة بصددها بأى قدر من حرية التقدير ، ومع ذلك ففى كل هذه الحالات، توجد قرارات ادارية بوصفها أعمال قانونية، تصدر تعبيرا عن الارادة المنفردة لسلطة ادارية بقصد احداث آثار قانونية معينة .

المبحث الثانى
طبيعة التدابير الداخليـة

التدابير الداخلية، مثلها مثل الاجراءات التنفيذية، هى كقاعـــدة عامة من الأعمال المادية للادارة، ولكنها ــ أى التدابير الداخلية ــ تختلف عن الاجراءات التنفيذية فى انها غير موجهة بصورة مباشرة الى المواطنين ، اذ هـى اجراءات داخلية يصدرها الرئيس الادارى بقصد ضمان حسن سير العمـــل فى الادارات والمصالح و المرافق العامة الخاضعة لرئاسته.

وأهم أمثلة هذه التدابير : المنشورات والتوجيهات والتعليمــات التنظيمية الداخلية التى يطلق عليها اصطلاح" تعليمات المرفق" ، وهـى تدابير او اجراءات نشأت مع نشأة الادارة ذاتها ،ولا تستطيع أية سلطـة ادارية فى دولة ما الاستغناء عنها ، فهى صمام الامن والمحرك الاساسى للعمـل الادارى فيها ، ومن أهم ما تتميز به هذه التدابير ، السلطة التقديرية الواسعة للغاية التى تتمتع بها الادارة بصدد تقرير هذه المنشورات والتوجيهـات والتعليمات، وفى ذلك لا تلتزم الادارة بشكل محدد، فقد تصدر فى صورة مواد مثل مواد القانون أو اللائحة، وقد تصدر فى شكل خطاب أو رسالة العامليـن بالادارة ، كما قد تصدر فى شكل أوامر لهؤلاء العاملين ، أو فى شكـل اقتراحات أو نصائح و آراء استشارية. (١٢)

وفى الواقع، فان الاجراءات الداخلية الصادرة من الرؤساء، وخاصة الوزراء، لها نتائج ربما تكون أكثر خطورة من القرارات الادارية بمعناها الفنـى الدقيق ، ففى ظل النظم الادارية البيروقراطية، وطبقا للظواهر التى أسفـرت

---

(١٢) Yves GAUDEMENT, Remarques à propos de circulaires administratives, M. Stassinopoulos, 1974, p.561.

عنها التجارب العملية ، فان التعليمات الصادرة من الرؤساء لموظفيهم، تكـــاد أن تمثل القاعدة القانونية المطبقة عملا اكثر من أى قاعدة قانونية يتضمنهـــا قانون او لائحة . ورغم هذا فان القضاء يرفض دائما الاعتراف قانونا بوجـــود هذه السلطة الواقعية ، ويرفض بالتالي الاعتراف لهذه الاجراءات بطبيعـــة (القرارات الادارية) أو بأن لها أثر قانوني. (١٤)

وقد استقر الفقه على أنه لتمييز الاجراءات الداخلية والأعمال القانونية للادارة، فانه يلزم الرجوع الى محتوى ومضمون الاجراء أو العمل ، فاذا كان من شأنه احداث آثار قانونية كان من الأعمال القانونية أى من القرارات الاداريـــة فان لم يكن من شأنه ذلك ، فانه يعد من التدابير أو الاجراءات الداخليـــة والتي تعد من قبيل الاعمال المادية. (١٥)

---

(١٤) BLUMANN, L'application des circulaires administrative par le juge judiciaire, A.J.D.A., 1972. 263.

CHARLIER, Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'order intérieur, J.C.P. 1954.I. 1169.

HECQUARD-THERON, De la mesure d'ordre intérieur, A.J.D.A. 1981, p.235.

(١٥) RIVERO, Les mesures d'ordre intérieur administratives; th. Paris 1934.

Achille MESTRE, Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration, L.G.D.J. 1974, p.119.

ومن الفقه المصرى راجع:

الدكتور وهيب عياد سلامه: التدابير الداخلية ـ ١٩٨٣ ـ ص ١٣ ومابعدها =

من ناحية أخرى يشير البعض الى أن موضوع تمييز التدابيـــــــر الداخلية انما يرتبط فى الواقع بمسألة قبول دعوى الالغاء ضدها . وأن مسألـــة قبول الدعوى ترجع بدورها الى فكرة وجود أو عدم وجود مصلحة للطاعن فى رفع الدعوى وعليه فان قاضى الالغاء يكون مضطرا للبحث عما اذا كان المنشور قد ألحق ضررا بالطاعن أم لا ؟ وبذلك يرتكز المعيار الذى اختاره القضاء على الضرر الذى يلحقه المنشور بالافراد ، أو بالاحرى أن يكون من شأن المنشور احداث آثـــار قانونية بذاته • (١٦)

والملاحظ من دراسة أحكام القضاء الادارى الفرنسى ، أنه لم يهتـــم بالخلافات الفقهية حول طبيعة هذه الاجراءات الداخلية ، وانما كان جـــل اهتمامه متجها نحو معرفة معيار قبول الدعوى ضدها . وهو لم يرفض مطلقـــا الدعوى ضد أى اجراء لمجرد اعتباره من (الاجراءات الداخلية) ، فلم يهتم بشكل العمل على الاطلاق ، ولذا قضى بأن الأحكام اللائحية التى يقررها الـــوزراء بواسطة المنشورات، يكون لها نفس القيمة القانونية التى تكون لهذه الاحكـــام اذا وردت فى صورة لائحة • (١٧)

ومع ذلك استقر القضاء الادارى الفرنسى، على الأخذ بمعيار موضوعى لتكييف العمل على أساس اثاره القانونية ، فاشترط ليكون العمل عملا قانونيـــا أن يكون له نتائج قانونية وأن يكون من شأنه احداث آثار قانونية بذاته، وعلـــى ذلك تخرج الاعمال التى لا أثر لها مثل الاراء والنوايا من نطاق الاعمال القانونيـــة كذلك الاعمال التى لا أثر لها بذاتها ولكنها تعد ذات اثر بالاشتراك مع أعمـــال

= الدكتور محمد عبد الله نجار : تدابير الادارة الداخلية ــ رسالـــة ١٩٨٧ ــ حقوق عين شمس ــ ص ٧٤ •

(١٦) QUERMONNE, Note sous C.E. 6.7.1956, D.1958. 178.

(١٧) C.E. 30.3.1960, Syndicat National des Médecin Biologistes, L.244.

أخرى وذلك مثل الاعمال التحضيرية للقرار الاداري كالمقترحات والعروض والاعمال اللاحقة المتعلقة بتنفيذ القرارات المؤكدة لها (١٨) .

ويستخلص القضاء الحالي لمجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار من مدى قابلية المنشورات للتطبيق بذاتها ، فيقرر أن المنشورات هي (الاجراءات التي لا تعد صالحة بذاتها للتطبيق) ، أو (التي لا تتضمن اجراءات قابلة للتطبيق بذاتها) ، ففي هذه الحالة لا تسبب المنشورات ضررا للغير ، أي لا يكون لها أثر قانوني وبالتالي فانها لايمكن ان تكون محلا لدعوى الالغاء .

وعلى ذلك فالمنشورات التفسيرية اي التي تتضمن فقط شرح وتوضيح للنصوص ، ليست مصدرا للشرعية لأنها لا تنشيء عناصر جديدة في مبدأ المشروعية رغم ما تهدف له من ضمان وحدة التفسير ، ولذلك (فأحكامها التفسيرية لا تمثل أية صفة لائحية) ، وهذه المنشورات لا يترتب عليها أية نتائج قانونية ، ومن ثم لايحق للادارة ان تستند عليها لتفرض على الافراد التزامات لا ينص عليها القانون ، كما لايحق للموظفين أو الافراد التمسك بها ، كما لايمكن للقاضي ان يقيد الادارة بما وضعته من تفسيرات .

وبدوره يعتنق القضاء الاداري في مصر ، ما استقر عليه زميله القضاء الاداري الفرنسي في هذا الشأن ، وذلك في معظم أحكامه ، حيث يقيم التفرقة بين الاجراءات والتدابير الداخلية وبين الاعمال القانونية وخاصة اللوائح منها ، على أساس ما يتولد عن العمل من آثار قانونية ، حيث يتولد عن اللوائح الصادرة عن الادارة انشاء او الغاء أو تعديل المراكز القانونية في مجال اختصاصها ، في حين أن الاجراءات والتدابير الداخلية لا تضع أو لا تنشيء مراكز قانونية عامة أو فردية ولا تلغيها ولا تعدلها فلا تعتبر حينئذ بحكم

---

(١٨) راجع في تفاصيل ذلك مؤلفنا : اللوائح الادارية وضمانة الرقابة القضائية ـ ١٩٨٢ ـ ص ٢٤ ومابعدها .

طبيعتها وآثارها قرارات ادارية. (١٩)

والخلاصة أن الاجراءات الداخلية هي في الأصل من الاعمال المادية للادارة، نظرا لأن هذه الاجراءات ليس لها بذاتها أية آثار قانونية، ومن ثم فهي لا تضيف جديدا الى المشروعية ولا تعتبر مصدرا لها، ومع ذلك فهي ملزمة للعاملين داخل المصالح والادارات والمرافق الادارية، تأسيسا على التزامهم بواجب طاعة السلطات الرئاسية والخضوع لاوامرها وتعليماتها، وتبعا لذلك لايجوز اعتبارها ضمن الأعمال القانونية للادارة، ما لم تتخذها السلطة الادارية ستارا لاقرار بعض القواعد القانونية التي من شأنها احداث بعض الاثار القانونية ففي هذه الحالة تعد هذه الاجراءات من الاعمال القانونية للادارة أو بالأحرى من القرارات الادارية التي تضاف الى التنظيم القانوني في الدولة، ومن ثم يحق الطعن في مشروعيتها ويجوز للقضاء الاداري أن يلغيها لعدم المشروعية.

غير أن أهم ما يعنينا في هذا المجال أن نشير الى الدور المتعاظم الذي يعطيه مجلس الدولة الفرنسي لأحد انواع هذه الاجراءات والتدابير وهو ما يسمى باصطلاح " التوجيهات" وذلك في سبيل الحد من السلطة التقديرية للادارة.

فمن المسلم أن للرئيس الاداري أن يحدد كيفية سير العمل داخل الادارة أو المرفق العام، من خلال سلطته في اصدار التعليمات المصلحية والمنشورات التي تبين كيفية تطبيق القوانين واللوائح، و كيفية أداء الخدمة في المرفق، والتي تعد من اجراءات التنظيم الداخلي غير الملزمة للأفراد، حيث يقتصر سريانها فحسب على الموظفين داخل المرفق، استنادا الى التزامهم بطاعة أوامر الرؤساء الاداريين.

---

(١٩) راجع محكمة القضاء الاداري في ١٩٥٤/٢/٧ قضية ١٣٤ لسنة ٦ق المجموعة السنة ٨ ص ٦٠٤ – وفي ١٩٥٤/١٢/٢٠ قضية ٤٠٨١ لسنة ٧ق، المجموعة السنة ٩ ص ١٥٢.

ويميز الفقه والقضاء فى فرنسا ـ حديثا ـ طائفة من هذه التعليمات أو المنشورات باصطلاح" التوجيهات" ، وهى بدورها تصدر عن الرؤساء الاداريين وخاصة على مستوى الوزراء ، لتحدد للمرؤسين كيفية ممارسة وظائفهم او اختصاصاتهم، وخاصة بصدد الاختصاصات التى تخولهم سلطة تقديرية ، ولكن بينما تهتم" المنشورات" باجراءات ممارسة هذه الاختصاصات، فان "التوجيهات" تعنى أساسا بمحتوى ومضمون القرارات التى يتم اتخاذها وفقا لهذه الاختصاصات ، أى محل تلك القرارات ، عندما لاتوجد نصوص تشريعية تحدد سلفا هذا المحل ،وبمعنى آخر عندما يكون للادارة حرية تقدير هذا العنصر وتحديد مدى ملاءمة مضمون القرار الادارى ومحتواه.(٢٠)

ومن هنا تبدو لنا الخصيصة الأساسية المميزة للتوجيهات كأداة للحد من السلطة التقديرية للادارة ،وهى أداة تقييد ذاتية أى نابعة من الادارة نفسها ، وتهدف الى تنظيم العمل وتيسير مباشرة النشاط الادارى ، وضمان التنسيق بين القرارات الصادرة فى الموضوعات المتماثلة، وذلك بما تتضمنه هذه التوجيهات من مفهوم محدد لسياسة الرئيس الادارى بصدد قيادة العمل داخل الادارة التى يرأسها ، تجنبا لمخاطر التعارض فى القرارات أو التمييز غير المتعمد بين المواطنين ، والذى من شأنه اظهار الادارة بمظهر التعسف أوالرعونة والتسرع فى تطبيق القوانين واللوائح، وهو الامر الذى دفع القضاء الادارى فى فرنسا الىتقرير نظام قانونى متميز للتوجيهات، بالرغم من تعارضها الظاهر مع مبدأ ضرورة دراسة كل حالة على حده، فى حالات السلطة التقديرية .

ويعتبر الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسى فى١١ / ١٢ / ١٩٧٠ الفاصل المميز لمرحلتين مختلفتين بصدد النظام القانونى للتوجيهات، فقبل

---

(٢٠) راجع فى هذا الموضوع مؤلفنا : قضاء الملاءمة سالف الذكر ص٢٦٠ ومابعدها ، الدكتور وهيب عياد سلامة : التدابير الداخلية ـ ١٩٨٣ ـ ص ٣٧ ومابعدها.

هذا الحكم لم يكن هناك تمييز واضح للتوجيهات عن المنشورات التى تصدرها الادارة، بل ولم يكن اصطلاح التوجيه شائع الاستعمال ، باستثناء قلة من الفقهاء وأحكام القضاء ميزت هذه الطائفة من أعمال الادارة ولو ضمنا .

وبمناسبة الطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي — كمحكمة استئنافية — فى حكم للمحكمة الادارية بباريس، صادر فى اول يوليو ١٩٦٩ ، طرحت أمام المجلس مشكلة تحديد مدى القوة الملزمة التى يتعين الاعتراف بها ، للمنشورات أو التعليمات أو التوجيهات التى تخضع لها جهة الادارة، بالرغم من تمتعها بسلطة تقديرية فى اتخاذ قرارات فردية معينة فى موضوع هذه التوجيهات ، حيث قضى المجلس بأن الاستناد الى الضوابط التى اشتملت عليها احدى التوجيهات الخاصة، ودون تخلى جهة الادارة عن ممارسة سلطتها فى التقدير ، اضافة الى عدم تضمن هذه التوجيهات لأى شرط جديد، واتفاقها مع الاهداف المقررة فى شأن موضوعها، ولأن الطاعن لم يستند الى أية خصوصية لمركزه القانونى فى مواجهة الضوابط المذكورة ولا الى أى مقتضى من الصالح العام يبرر الخروج عليها ، فان قرار الادارة يكون مشروعا وغير مشوب بالخطأ فى القانون .

وقد توالت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسي لتؤكد هذا الاتجاه و تكمل أحكامه حتى اكتمل النظام القانونى المستقل للتوجيهات والذى يتميز بما يلى :

١ — تختلف التوجيهات عن اللوائح الادارية، فالأخيرة قرارات ادارية فى حين أن الأولى ليست بقرارات وانما تتضمن مجرد اتجاهات، وعليه فاذا كانت الجهة الادارية المكلفة بوضع اللائحة موضع التنفيذ لا تملك الخروج على أحكامها وتصدر قرارات مخالفة لأحكامها الا اذا أجازت اللائحة ذاتها ذلك، فان الجهة الادارية الصادر اليها التوجيه تملك دوما الحق فى استبعاده وعدم الالتزام به بصدد قرار معين ، فلا تأخذ بالاتجاه الوارد فيه . فالتوجيهات ليس من شأنها حرمان الادارة من حريتها فى التقدير ، وانما يكون لها بعد اجراء الفحص الخاص لكل حالة على حدة، أن تقرر الالتزام بالتوجيه أوالخروج

عليه ، أما لبواعث تتصل بالصالح العام أو لأسباب مستخلصة من خصوصية المركز القانونى لهذه الحالة ٠

٢ ـ على خلاف اللوائح الادارية كذلك، فان التوجيهات ليس لها بذاتها أية آثار قانونية مباشرة على المواطنين ،ومن ثم يكون الاصل عدم قبول الطعن فيها بالالغاء ، مثلها فى ذلك مثل المنشورات، ومع ذلك تختلف التوجيهات عن هذه الأخيرة فى أنها تحمل بذاتها الاثار الاتية :

أ ـ بالنسبة للادارة فانها تملك الحق فى أن تستند صراحة على التوجيهات فى اتخاذ قراراتها الادارية فى مواجهة الافراد ، وذلك عند مباشرتها لسلطتها التقديرية ، دون ان يشوب هذه القرارات الخطأ فى القانون ، ومن ثم تكون لهذه التوجيهات قيمتها القانونية تجاه الافراد والقاضى الادارى كذلك الذى يطرح أمامه النزاع حول تلك القرارات، وبالتالى تكون هذه القرارات المتخذه وفقا لتوجيهات محددة سلفا ويفترض مشروعيتها ـ بأن لاتكون قد أضافت عناصر جديدة الى التنظيم القانونى القائم ، مشروعة بدورها ٠

ب ـ بالنسبة للأفراد فانهم يملكون الحق فى التمسك بالتوجيهات أمام الادارة وامام القاضى كذلك من خلال المنازعة من قرارات الادارة غير المتفقة مع التوجيهات التى تنظمها ، سواء بسبب عدم الالتزام بها فى الحالات التى يتعين تطبيقها ، او بسبب الأخذ بها فى الحالات التى كان يجب على الادارة الخروج عليها ٠

ومن ناحية أخرى ، يجوز للأفراد كذلك المنازعة فى مشروعية التوجيهات ذاتها ، أما امام الادارة او امام قاضى الالغاء من خلال الطعن فى قرارات الادارة الصادرة استنادا اليها ، فاذا كانت التوجيهات غير مشروعة فان هذا العيب يمتد الى القرارات المستندة اليها بدورها ٠

٣ ـ لا يخل التزام الادارة عند مباشرة سلطتها التقديرية، بما يصدر عن توجيهات بشأن اختصاصاتها ، بقاعدة ضرورة الفحص الخاص لكل حالة على حده ، ومع ذلك فان الأمر اختلف بعد عام ١٩٧٠ ـ فى تقدير بعض الفقهاء ـ حيث انتقل عبء الاثبات لوقوع هذا الفحص من على عاتق الادارة الى عاتق الافراد ، فبعد أن كان القاضى الادارى يطالب الادارة بأن تقيم الدليل على أنها قد باشرت مقدما وبطريقة فعالة سلطتها التقديرية ، بقيامها بفحص خصوصيات الحالة الصادر بشأنها القرار الادارى ، أصبح على الفرد المستهدف بتطبيق التوجيه اقامة الدليل على أن الادارة تخلت عن مباشرة تقديرها فى هذه الحالة ، بالرغم من خصوصية مركزه القانونى ازاء الضوابط التى جاء بها التوجيه ، او اثبات ان مقتضيات الصالح العام كانت تستوجب الالتفات عن تطبيق هذا التوجيه .

وبالرغم مما لذلك من آثار عملية لصالح الادارة وضد مصلحة الافراد . الا أن من شأن ذلك تدعيم الأهمية القانونية للتوجيهات فى النظام القانونى الفرنسى .

وعودة الى مصر لنلاحظ على الفور أن الفقه لم يول اهتماما بدراسة دور التوجيهات فى ممارسة السلطة التقديرية للادارة فى مصر على وجه الخصوص ، مما قد يفهم معه انعدام هذا الدور أو ضآلته على الاقل ، غير أننا من خلال دراستنا لقضاء الملاءمة فى مصر ، تبينا على الفور ان القضاء الادارى فى مصر كان الاسبق فى الأخذ بهذه الفكرة ، مع اختلاف المسميات ، وبمقتضاها تلعب التوجيهات دورا هاما فى الحد من السلطة التقديرية للادارة فى مصر .

وباستثناء قلة ضئيلة من الاحكام التى أشارت الى عدم الالتزام بالتوجيهات ، مثل حكم المحكمة الادارية العليا الذى قضت فيه بأن توجيهات رئيس الوزراء بما تضعه من شروط للترقية بالاضافة الى تلك المقررة بنصوص صريحة " لاتعدو مجرد توجيهات ادارية لا ترقى الى مرتبة القانون ، ولا تشكل قيدا على حق الادارة فى اجراء الترقيات مادامت مطابقة للقانون " ، وحكمها بأن

قرار الفصل من الخدمة قد صدر سليما مطابقا للقانون . ولايعيبه أنه جاء مخالفا للمنشور الداخلى الصادر بقصد تنظيم سير العمل " ذلك أن مخالفة مثل هذه التوجيهات الداخلية التى يضعها الرؤساء لمرؤسيهم لايمكن أن تغل يد الرئيس عن ممارسة سلطاته متى قامت الدواعى وتحققت الاسباب المبررة لتدخله واعمال سلطاته المخولة له قانونا " ٠باستثناء مثل هذه الاحكام فان الكثير منها أخذ بعكس ذلك تماما ٠

فقد قضت محكمة القضاء الادارى منذ بداية نشأتها ، بأن (كل جهة ادارية حرة فى اصدار التعليمات التنظيمية التى تراها لازمة لحسن سير العمل فيها ما دامت لا تتعارض مع القوانين واللوائح العامة المتعلقة بالموظفين بوجه عام ، ولكنها اذا فعلت ذلك تعين عليها احترام هذه التعليمات والعمل بها فى قرارات الفردية التى تصدرها فى شأن موظفيها ، فاذا هى جانبتها عد تصرفها غير مشروع و حق لكل موظف مس مصلحته من ذلك الطعن فى هذه القرارات بمخالفتها للوائح المقررة من قبل) ٠

ويستفاد من هذا الحكم أنه لايجوز للمصالح الادارية مخالفة ما تصدره من تعليمات تنظيمية بواسطة قراراتها الفردية، رغم أن هذه التعليمات ليست لها قوة القوانين ولا اللوائح بدليل أنها لا تستطيع معارضتها ٠

وفى أحكام أخرى لذات المحكمة ، تلافت الخلط الوارد فى نهاية الفقرة السابقة بوصف عيب القرارات بأنه مخالفة للوائح. ومن ذلك ما قضت به من "أن النظام الذى تقرره جهة الادارة فى صدد أمر معين وتسير على مقتضاه هو بمثابة القانون أو اللائحة من حيث وجوب احترامه الى ان يحصل تغييره ٠ فالانحراف عن معاملة الناس بمقتضاه فى وقت كان هذا النظام هو السارى ٠٠ ذلك يكون من جانب الادارةمخالفة للقانون " ٠

وقد اضطردت أحكام محكمة القضاء الادارى فى هذا السبيل . واصفة التوجيهات باصطلاح القاعدة التنظيمية العامة، تمييزا لها عن القوانين واللوائح بدلا من اصطلاحات التعليمات او المنشورات أو النظام، فالزمت الادارة بتطبيقها

على الكافة ، ومثال ذلك ما قضت به من أنه" وان كان الاصل أن ترقيــــة الموظف او عدم ترقيته من الأمور التى تترخص الادارة فى تقديرها الا أنهـــا اذا التزمت فى ذلك قاعدة تنظيمية عامة معينة كان لزاما عليها ان تطبقها فــى شأن الجميع بحيث أن خالفتها فى التطبيق الفردى كان ذلك بمثابة مخالفــة للقانون كما انها حتى فى الاحوال التى لها أن تترخص فى تقديرهــا دون أى يقيدها فى هذا الشأن قيد من قانون أو لائحة او من قاعدة تنظيمية عامــة رسمتها فأصبح متعينا عليها أن ترسمها فى التطبيق الفردى حتى فى هــذه الاحوال يجب أن تتوخى المصلحة العامة فان انحرفت عن ذلك وصدرت فــى تصرفاتها عن باعث من أساءة استعمال السلطة كان هذا التصرف معيبا حقيقيا بالالغاء" ، وانه اذا كانت" الادارة قد وضعت قاعدة تنظيمية لاجــــراء الترقيات، وجب عليها التزامها بالنسبة الى جميع المرشحين ، فاذا اتضح أنهـــا كانت غير جادة فى التقيد بهذه القاعدة ، كان قرارها فى هذا الشأن باطلا" .

وللعدول عن القاعدة التنظيمية اشترطت محكمة القضاء الادارى أن " يحصل تغييرها باجراء عام . و عدم اتباع ذلك فى وقت سريانها يكون مــن جانب الادارة مخالفة للقانون" . وتقبل المحكمةالطعون ضد القرارات الصادرة استنادا الى هذه القواعد التنظيمية والمؤسسة على عدم مشروعية هذه الأخيرة، ومن ذلك ما قضت به من أنه " من المقرر قانونا أن للمدعى وقد تمسكــت الحكومة بالمنشور . . . باعتباره اجراء لائحيا عاما وعاملته على مقتضاه، أن يتمسك ببطلان هذا المنشور للسبب المتقدم ذكره لا بقصد الغائه بل للتوصل الــى عدم تطبيقه عليه" .

أما المحكمة الادارية العليا ، فانها من جانبها أخذت بنفس النظريـــة وأقرت الادارة فى حقها فى تقييد سلطتها التقديرية بنفسها والالتزام بذلك، حيث قضت بأن " الجهة الادارية تترخص فى التعيين فى الوظائف العامة بسلطتهـــا التقديرية بلا تعقيب عليها الا فى حالة اساءة استعمال السلطة، مالم يقيدها القانون بنص خاص أو ما لم تتقيد نفسها بقواعد تنظيمية معينة"، كما قضــت بأن "هذه القواعد التنظيمية العامة وقد صدرت ممن يملكها وهو المدير العــام

للمصلحة متسمة بطابع العمومية والتجريد . فانها تعتبر بمثابة اللائحة أوالقاعدة القانونية الواجبة الاتباع فى شأن أعمال التثمين . فيلزم بمراعاتها لا المرؤوسون وحدهم بل الرئيس هو نفسه كذلك فى التطبيق على الحالات الفردية طالمـــا لم يصدر منه تعديل أو الغاء لها بنفس الاداة ، اى بقرار تنظيمى عام مماثـــل لا فى تطبيق فردى قصرا عليه" ، وقد طبقت المحكمة هذه النظرية على حـــالات أخرى غير الترقية و التعيين والتثمين ، ومثال ذلك تطبيق قواعد الرأفة فـــــى احتساب درجات الامتحان فى كلية الحقوق ، وفى قرارات منع الافراد من السفـــر ووضع أسمائهم فى قوائم الممنوعين من السفر .

ومن الأحكام المميزة فى هذا الصدد . ما قضت به المحكمة الاداريـــة العليا من أنه" بالرجوع الى التعليمات العامة للنيابات الصادرة فى ٠٠٠٠٠ يتضح أن المادة ١٠١٧ من هذه التعليمات نصت على أنه ٠٠٠ ومقتضى هذا النص أن ثمة التزاما يقع على اقلام الكتاب كل فى دائرة اختصاصه مؤداه اعطـــاء صورة الحكم الجنائى دوما ومباشرة لكل من يطلبها ٠٠٠ ومن حيث أن التعليمات المشار اليها هى فى حقيقتها توجيهات ملزمة اصدرها النائب العام الى وكلائـــه وموظفى أقلام الكتاب ٠٠٠ ويتعين على هؤلاء وأولئك باعتبارهم مخاطبين بها احترامها والعمل على تنفيذ ما تتضمنه من أوامر بصفة دائمة وبصورة منتظمـــة بشرط الا تخالف قانونا قائما ٠٠٠٠ وبناء على ذلك يكون هذا الالتزام فرضـــا واجبا على أقلام الكتاب اتباعه فى جميع حالات التطبيق الفردى . فاذا خولـــف فى شأن حالة بعينها يكون ذلك مخالفا للقانون " .

" انتهى بحمد الله وتوفيقـــه "

محتويات الكتـــاب

الموضـــــوع	الصفحـــة
الباب الثانى	
موضوع العمـــــل الادارى	١١٩
" نشاط السلطة الادارية"	
الفصل الأول	
تنفيذ القوانيـــــن	١٢٣

الفصل الثانى	
اقامة النظام العام وحمايتـــــه	١٥١
" نظرية الضبط الادارى"	

الموضــــوع	الصفحــة

الموضـــوع — الصفحـــة

الموضـــــوع | الصفحـة

شركة مطابع الطوبجى التجارية

٢١ ش خيرت (لاظوغلى)

السيدة زينب

ت : ٣٥٥٢٠٨٩